

ESTEBAN CENTANARO

MANUAL DE CONTRATOS



INCLUYE
VERSION *eBook*

THOMSON REUTERS

LA LEY

MANUAL DE CONTRATOS

ESTEBAN CENTANARO

CLICK: [ÍNDICE](#) A MODO DE GUÍA (NO VAN A COINCIDIR LAS PÁGINAS)



© Esteban Centanaro, 2015
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2015
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISBN 978-987-03-2881-0
SAP 41804097
Argentina

Centanaro, Esteban
Manual de contratos. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
800 p.; 24x17 cm.
ISBN 978-987-03-2881-0
1. Derecho Civil. 2. Contratos.
CDD 346.2

Palabras previas

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha producido, una importante modificación, dentro de nuestro derecho privado.

La circunstancia de ejercer la titularidad de la materia contratos en diversas universidades y la generosa propuesta de la Editorial La Ley, me llevó a escribir este manual, que no es más que eso, dejándose para más adelante el tratado de la materia.

Debo agradecer la importante colaboración de los profesores adjuntos Martín Debrabandere, Geraldine Dresdner, y Juan A. Riva, del Jefe de Trabajos Prácticos Matías M. Portos, y los docentes auxiliares María Luz Papavero, Gonzalo Robledo Viano y Carolina A. Salto, sin cuya ayuda y trabajo no hubiera sido posible en tan breve tiempo concluir este manual.

Me queda por último destacar la importante contribución que ha efectuado en este Manual la Master Ivana C. Centanaro, quien volcó sus diversas experiencias en los distintos ámbitos de su actuación, en particular como docente en el CPO en la especialidad de relaciones de consumo de la Facultad de Derecho de la UBA.

ESTEBAN CENTANARO

CAPÍTULO I - NOCIÓN DE CONTRATO

1. NOCIÓN DE CONTRATO

El concepto de contrato, si bien es universalmente comprendido, al pretender dar su definición surgen grandes diferencias doctrinales. Es tema de discusión, su ámbito de aplicación y los sujetos que pueden participar en el acuerdo.

Atento ello, la noción de contrato, es motivo actual de debate, sin haberse podido llegar aún a una definición única.

Tan es así que los diferentes ordenamientos legales del derecho privado no han logrado coincidir en el concepto del contrato, en algunos casos por el diferente alcance que le dan a la figura contractual y en otros, por la ausencia de una norma genérica al respecto.

Definimos el contrato como todo acuerdo de contenido patrimonial, superando esta noción el ámbito limitado del derecho privado y extendiéndose a todo el ordenamiento jurídico.

Al definirlo como acuerdo, debe entenderse la existencia de por lo menos dos partes, pudiendo ser, ambas Estados, o particulares —en este caso tanto personas físicas como jurídicas— o una un ente público y la otra un administrado.

Al expresar en la definición de contenido patrimonial, limitamos su alcance precisamente a este tipo de derechos o sea a los personales o creditorios, los reales y los intelectuales y por ende quedan excluidos los no patrimoniales.

Nosotros pues coincidimos, con la mayor parte de la doctrina, entendiendo que la noción de contrato es única para todo el derecho, mas no dejamos de sostener que dicho concepto se ha particularizado, originando una diferenciación de régimen entre el ámbito contractual público y el privado.

Así no escapan a la noción de contrato ciertos acuerdos celebrados entre Estados, que son denominados tratados y aquellos otros que realiza uno de ellos con un particular llamados contratos administrativos.

Estos acuerdos cuando regulan cuestiones patrimoniales deben ser incluidos en la genérica noción de contrato.

Por ello sostenemos que son contratos aunque no sean del derecho privado, a aquellos tratados que establecieron condominios entre diversos Estados; baste como ejemplo el caso del archipiélago de Samoa, que estuvo desde 1889 hasta 1899 bajo el condominio de Alemania, Estados Unidos y Gran Bretaña y también el que fuera establecido entre esta última y Egipto en el Sudan en 1898. También tienen características contractuales el arrendamiento de China a Portugal con respecto a Macao y el que realizó Estados Unidos con Cuba en relación a Guantánamo (año 1903) (PODESTÁ).

A su vez, entre Estados se han realizado permutas; en ese orden, Gran Bretaña le trocó a Alemania en 1890 las Islas Heligoland por ciertos territorios africanos. Por otro lado, han existido liberalidades que coincidimos con KEY-SUNG; así, Brasil le donó a Uruguay la laguna Mirim y el río Jaguarao. Sin olvidar, además, el caso de verdaderas ventas instrumentadas por tratados; es lo que aconteció con Estados Unidos, que compró Alaska a Rusia y Luisiana a Francia.

Desde otro ángulo, aunque con diferencias del contrato regido por el ordenamiento privado existe el del derecho administrativo.

BIELSA, define al contrato administrativo como la convención que el Estado, obrando como sujeto de derecho público, realiza con otro (público o privado) con un fin público.

Ahora bien, señala CASSAGNE que el problema central que, pese a ello, sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil —que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma no esporádica— y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público.

Sostenemos que cuando el Estado contrata con particulares, realiza un contrato administrativo que podrá o no tener facultades exorbitantes.

1.1. Convención, convención jurídica y contrato

Sostenemos que es convención simple, todo acuerdo que no produzca consecuencias jurídicas, mientras que la convención jurídica es el acuerdo que da nacimiento a un acto jurídico y por último el contrato es una convención jurídica de contenido patrimonial.

Lo que ocurre es que la convención es el género, es todo acuerdo, la jurídica, requiere que ese consentimiento genere un acto jurídico y por último el contrato es aquella convención jurídica de contenido patrimonial.

Existe pues, una graduación tendríamos primero la convención, luego la convención jurídica y por último el contrato. Pero en el supuesto que nos encontramos frente a un contrato, lo estamos también frente a una convención jurídica y por supuesto ante una simple, mas a la inversa sería incorrecto, no toda convención simple es jurídica, ni esta última contrato.

Sin perjuicio de lo expresado cabe aclarar que el Código Civil y Comercial en su texto utiliza la palabra convención como equivalente a contrato, baste como ejemplo lo dispuesto por los arts. 977, 1052, 1055, 1062, 1078, 1139, 1147, 1162, 1165, etc.

1.2. El concepto de contrato en la legislación comparada

Dentro de los Códigos Civiles, que definen al contrato, los podemos clasificar, entre aquellos que solo le dan aptitud para crear obligaciones, así los Códigos Civiles de Argelia, art. 54; Chile, art. 1438; California, art. 1459; Colombia, art. 1485; Ecuador, art. 1481; El Salvador, art. 1309; España, art. 1254; Francia, art. 1101; Honduras, art. 1539; Puerto Rico, art. 1206; República Dominicana, art. 1001; Uruguay, art. 1247; etc.; aquellos que no solo permiten su creación sino también su modificación o extinción, Luisiana, art. 1906 y México, art. 1792, los que con un criterio más amplio dan como campo propio el de los derechos patrimoniales, los de Armenia, art. 436; Bolivia, art. 450; Cuba, art. 309; Irán, art. 183; Italia, art. 1321 y Perú, art. 1351, por último los que en forma amplísima integran la convención jurídica al contrato el de Nicaragua, art. 2435; Venezuela, art. 1133 y eventualmente, Argentina, art. 1137. Este también era el criterio del derogado Código Civil Prusiano en el título 5, parte 1, y también el del ex Código Civil Italiano de 1865, art. 1098.

1.3. Savigny, el Código Civil francés y el Código italiano de 1942

1.3.1. Savigny

SAVIGNY (jurista alemán) fue una fuente de influencia para DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD y sus enseñanzas son recogidas por el codificador en numerosas notas de los artículos del Código Civil, convirtiéndose sin duda en uno de los juristas más citados.

SAVIGNY, extendió la noción de contrato haciéndola coincidir con lo que los franceses llaman convención para lograr de este modo una más amplia generalización de ciertos principios. Identifica al lado del contrato obligatorio (*obligatorischer Vertrag*), esto es, el que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones, el contrato real (*dinglicher Vertrag*), no en el sentido del art. 1141 del Código Civil, sino aquél por el cual se verifica la adquisición real de la posesión o tradición de la cosa, así como cualquier otro derecho real de goce

o garantía; y los contratos de familia (*familiaverträge*), que fijan las relaciones en el seno familiar, tales como el matrimonio, la adopción, la emancipación, etc. El deseo de expandir al máximo la teoría de la voluntad humana como fuente del derecho conducía fácilmente a esta generalización, que se llevó aun al derecho público, como lo revela la asimilación de los tratados a esta categoría (*volkerrechtliche Verträge*).

El contrato —escribe SAVIGNY en su *Sistema del Derecho Romano Actual*— es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas.

Como bien hace notar GASTALDI, SAVIGNY, en su *Derecho de las obligaciones* restringe la noción de contrato dada en su *Tratado de Derecho Romano*, a punto de sostener la separación de la convención en sentido amplio de acuerdo que regula derechos y el contrato como la convención de la que resulta una obligación.

Efectivamente, SAVIGNY, en su *Derecho de las obligaciones*, haciendo una diferencia entre la convención general, de la obligatoria define esta última como el acuerdo de varias personas en una misma manifestación de voluntad de la que surgen entre ellos una obligación.

1.3.2. El Código Civil Francés

El Código Civil francés define al contrato en el art. 1101 como una convención por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras a dar, hacer o no hacer algo.

Este concepto del contrato ha sido seguido, como ya hemos dicho, por un número importante de legislaciones pudiendo citar entre ellas así los Códigos Civiles de Argelia, art. 54; Chile, art. 1438; California, art. 1459; Colombia, art. 1485; El Salvador, art. 1309; Ecuador, art. 1481; España, art. 1254; Honduras, art. 1539; Puerto Rico, art. 1206; República Dominicana, art. 1001; Uruguay, art. 1247; etc.

Esta definición del contrato fue inspirada por POTHIER, al enseñar que contrato es una convención por la que las dos partes recíprocamente, o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra, a darse alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa.

Como bien enseña GASTALDI, literalmente interpretados sus términos, limitan la noción a los derechos crediticios ("se obligan... a dar, hacer o a no hacer...") y sólo a su creación, pues al vincularse las partes, precisamente, nace la obligación. Así se ha considerado por gran parte de la doctrina francesa.

Efectivamente ZACHARIAE, define al contrato en los términos del art. 1101 del Código Civil francés, pero sostiene que ella es incompleta porque en el lenguaje vulgar o común la convención tiene el mismo sentido que el contrato y se la emplea indistintamente; en los términos del art. 1101 la palabra convención se la toma en un sentido demasiado restringido como sinónimo de contrato; por otra parte también aparece incompleta la definición porque ella no se aplica más que a los contratos unilaterales y no a los bilaterales.

AUBRY y RAU definen al contrato como una convención que tiene por objeto sea la formación de una obligación, su modificación, o extinción, o sea, finalmente, la transferencia de un derecho.

1.3.3. El Código Italiano de 1942

En el derecho actual, tanto el Código Civil francés, como el alemán del año 1900 así como el italiano de 1942, han influido en la doctrina jurídica contemporánea.

El Código italiano de 1942, en su art. 1321, expresa: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, reglar o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial. De tal noción legislativa resulta un concepto que podemos calificar como intermedio, entre los extremos restringido del Código Civil francés y amplio de SAVIGNY que identificaba al contrato con la convención jurídica y que inspiró el art. 1137 del Cód. Civil ([ley 340](#)), el de Nicaragua, en el art. 2435 y el de Venezuela, en su art. 1133.

1.5. Noción en el Código Civil y Comercial

El Código suministra en el art. 957 la definición de contrato, en términos claros y modernos, coincidiendo con la mayoría de los autores, expresando que: "Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales".

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

Desde la noción del acto jurídico, vamos a llegar a la naturaleza del contrato, pues éste es una especie de aquél.

Entendemos que son presupuestos del contrato, los sujetos o sea la pluralidad de partes, y que los mismos deben prestar un elemento esencial que es el consentimiento.

Por ello, coincidiendo con lo enseñado por GASTALDI, sostenemos que la naturaleza jurídica del contrato es la de ser un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial.

CAPÍTULO II - DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA CONTRACTUAL. CON LA COLABORACIÓN DE CARLOS MARTÍN DEBRABANDERE

1. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y EFECTO VINCULANTE

Como se adelantara al analizar la noción de contrato, éste es admitido como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

Ahora bien, esta noción de contrato prevista en el art. 957 del CCC será acompañada, a diferencia de lo que ocurría en el Código Civil ([ley 340](#)), por disposiciones generales vinculadas a la autonomía de la voluntad entendida como libertad de contratación, la fuerza obligatoria (o efecto vinculante), la buena fe, pautas de prelación normativa (en caso de más de una ley o precepto aplicable) y una importante incorporación como lo es la integración contractual.

Como se puntualizara en los fundamentos del entonces Anteproyecto de Código Civil y Comercial (2012), la ley incorpora principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática.

En tal orden, en primer término, cabe puntualizar acerca de la libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley, la moral, las buenas costumbres, el orden público y la buena fe.

El art. 958 del CCC tiene su origen en el art. 1197 del Cód. Civil ([ley 340](#)), es decir, en el principio de la autonomía de voluntad. Dicha terminología deviene de *auto* que debe entenderse por sí mismo y de *nomos* que significa norma o también ley. Esta autonomía de la voluntad cabe entenderla como la aptitud que tiene la persona de regularse o lo que es lo mismo de obligarse. También se la concibe, como el poder o facultad de crear modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas.

El principio de la autonomía de la voluntad o lo que es lo mismo el de la fuerza jurídica de aquella, es decir el poder o facultad para crear relaciones jurídicas y la libertad para determinar su contenido, es la base sobre la cual se construye la doctrina del contrato.

En función de ello, la doctrina del contrato está formada tomando en consideración el poder de la voluntad humana de establecer su propia norma particular o, lo que es igual, la virtualidad de la misma para crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos entre los contratantes.

En definitiva, al brindar autonomía a los sujetos se otorga libre albedrío a los fines de que puedan contratar si resulta de su interés, que determinen con quién o quiénes se vincularán y los términos respecto de los que se obligarán en la medida que exista consenso. Situación conocida con el nombre de libertad de concertación.

Desde luego que dicha facultad se ajustará siempre dentro del ámbito que la ley, el orden público, la buena fe, la moral y las buenas costumbres que son entendidos como los límites genéricos que —mínimamente— acotan dicho principio de libertad o que establecen la base sobre la que se erige la voluntad libre de las partes al momento de celebrar un negocio jurídico.

Empero, este reino de libertades donde las partes pueden celebrar negocios conlleva un compromiso ineludible. En efecto, así como libremente se puede contratar, con el compromiso asumido se conforma la fuerza obligatoria.

El efecto vinculante o la bien conocida fuerza obligatoria está previsto en el art. 959 del CCC donde se establece el principio por el cual todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.

En la redacción del art. 1197 del C. Civil ([ley 340](#)) se establecía que las convenciones hechas en los contratos formaban una regla a la cual las partes deben someterse como a la ley misma.

Sin embargo, la redacción del Código Civil y Comercial viene a dar una mayor precisión desde un punto de vista terminológico toda vez que no es necesario analizar si el contrato es una verdadera ley o norma individual sino que es receptado expresamente con motivo del resultado de la unión de voluntades libres y autónomas. Independientemente, claro está, de otras razones o fundamentos como los morales, religiosos, entre otros.

De hecho, la doctrina canonista adoptó el aforismo *pacta sunt servanda*, teniendo en cuenta que debería considerarse un pecado asimilable a lo mendaz la circunstancia de no cumplir con lo pactado, de donde viene el principio de la fuerza jurídica de expresión humana.

Ahora bien el ejercicio de esta libertad de contratación, como expusiera LÓPEZ OLACIREGUI, tiene apoyo en nuestra Constitución Nacional. En su Preámbulo se asegura los beneficios de la libertad, también en su art. 14, al disponer "que todos los habitantes de la Nación, gozan de los siguientes derechos... de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de su propiedad" está avalando constitucionalmente la fuerza jurídica de la voluntad. Por otra parte, en el art. 17 de la Ley Fundamental, al garantizar la propiedad, se está respaldando la libertad contractual.

Asimismo, hemos tenido oportunidad de apuntar que en art. 20 del texto constitucional, si bien se refiere a los extranjeros, faculta a aquéllos a ejercer el comercio y a comprar y vender, es decir a ejercer la autonomía de la voluntad. También a nuestro criterio el art. 42 de la Constitución Nacional, admitirá su invocación en las relaciones contractuales, puesto que a través de los negocios masificados que los "consumidores y usuarios de bienes y servicios" podrán acceder a ellos y "tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno", agregando que "las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...".

Tanto es así que en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se arribó a la conclusión que la autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho de fuente constitucional, cuya aplicación no se circunscribe al ámbito de los contratos, alcanzando los actos jurídicos en general.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la Constitución asegura todos los derechos garantizados por la nacional en su art. 10. Asimismo, en el inc. 5º del art. 12 se asegura la inviolabilidad de la propiedad, mientras que en el art. 48 se promueve, entre otros aspectos, la iniciativa pública y la privada en la actividad económica, así como también la pequeña y mediana empresa.

En el ámbito internacional, aseguran también el principio de la fuerza jurídica de la autonomía de la voluntad algunos tratados tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en su art. XXII establece el derecho de asociarse entre otros para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden económico y en el art. XXIII, asegura la propiedad privada); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 15 inc. 2º).

2. LÍMITES GENERALES Y ESPECÍFICOS

De manera general o amplia, se sostiene que existen limitaciones a la fuerza obligatoria de los contratos o, como el nuevo Código Civil y Comercial puntualiza, el efecto vinculante. Así hemos de precisar acerca de la ley, el orden público, la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

a) La *ley*, en primer término, es entendida como aquella regla o norma jurídica emanada de una autoridad competente, obligatoria, que ha de regir respecto de personas en un territorio determinado. Estas normas constituyen precisos límites del libre albedrío, de las conductas de personas dentro de la sociedad.

Así como ejemplo, el art. 1552 del CCC establece la forma de la escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias, bajo pena de nulidad.

b) Por otra parte, el *orden público*, como base de la existencia de la organización social, comprende a un conjunto de principios que una sociedad considera de orden superior, que abarcan —entre otros— ámbitos económicos, morales, religiosos, y políticos.

O también puede decirse que el orden público es la disposición o acomodación de la realidad social conforme al plan establecido por un sistema de normas jurídicas, esencialmente aptas para lograr un estado objetivo de armonía, paz social y bien común (RISOLÍA).

Se ha referido que la noción de orden público proviene de Roma, donde sus jurisconsultos habrían consagrado la máxima *privatorum conventio juri publico no derogat* (vinculado con la preeminencia del Derecho público sobre la voluntad privada). De su redacción parece plantear la limitación sólo con el Derecho público en función de la asimilación que existió en algún momento entre orden público y Derecho público. Pero posteriormente surgiría otra máxima *contra tenorem legis privatam utilitatem continentis pascisci licet*.

c) La *buena fe*, más que límite se ha de considerar el norte de todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, de las relaciones contractuales. Como ha expuesto ALTERINI al citar a RIPERT, es la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica. En contraposición, la mala fe corrompe la armonía de la convivencia, tuerce el curso habitual de los fenómenos jurídicos y produce consecuencias disvaliosas.

La buena fe admite la distinción entre la buena fe subjetiva (buena fe—creencia) y la objetiva (buena fe—probidad).

La primera consiste en la conciencia de estar obrando conforme a Derecho, mientras que la segunda apunta a la confianza entre los contratantes de que la regla de conducta será acatada. Involucra en este último aspecto un criterio de recíproca lealtad conducta entre las partes (VIDELA ESCALADA) o al comportamiento leal y honesto de la gente de bien (ALSINA ATIENZA).

La buena fe conforme establece el art. 961 del CCC, ha de primar en la celebración, interpretación y ejecución del negocio. Es decir, la buena fe debe existir desde el mismo *iter consensus* o *iter contractus*, en

todas aquellas negociaciones previas y las concreta oferta y aceptación en la conformación del consentimiento. Además, una vez celebrado el contrato éste deberá interpretarse conforme este esencial principio. Por tanto, cada vez que ocurra alguna duda, concepto oscuro o alguna falta de entendimiento respecto de los que las partes dijeron o plasmaron en algún instrumento, será la buena fe quien ha de regir en esta tarea de determinación del sentido y alcance de alguna disposición negocial.

En función de lo expuesto, este principio cardinal también será aplicado, más allá de la etapa de formación y con la eventualidad de interpretación, a la de ejecución del negocio.

Cabe precisar además, de conformidad con la norma que se analiza (art. 961 CCC) que los contratos obligan, no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. La amplitud que se le reconoce a este principio es consistente con la que le ha dado la doctrina y jurisprudencia argentinas. Estos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad por un lado, y el orden público por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto.

d) La *moral* y las *buenas costumbres*: La palabra moral tiene origen en el latín "mores", cuyo significado es costumbre. Constituyen pautas que permiten regir la vida humana en sociedad. En consecuencia, al referirse a moral o buenas costumbres por otro, en definitiva se apunta a un mismo aspecto.

A medida que el Derecho va reconociendo mayores potestades a los ciudadanos, el límite al libre albedrío es precisamente que el ejercicio de las facultades de éstos, tiene como límite la "moral y las buenas costumbres".

Como ha tenido oportunidad de referir YÁÑEZ MORA, la escolástica liderada por Sto. Tomás de Aquino, le agrega a la moral, un contenido de connotación teológica, con la pretensión, de que finalmente la costumbre esté alineada con las reglas de tipo religiosas, y así, en el tiempo, va generándose una suerte de confusión entre reglas morales y reglas religiosas.

Ahora si ambos términos analizados involucran la "costumbre" cabría la pregunta acerca de cuándo estas costumbres son "buenas". A partir de allí podría vincularse a dos sentidos. El primero, el religioso. Es decir, la estrecha vinculación de la costumbre con los preceptos divinos. Y, en otro orden, también podría advertirse como "buena" en función de la cultura. Aquella reiteración de actos en forma uniforme, general y constante en sociedad donde son sus integrantes quienes convalidan como apropiados y/o justos a lo largo del tiempo.

2.1. Los límites específicos

Aquí corresponde detenerse especialmente en tres institutos: la lesión (art. 332 del CCC), la imprevisión o teoría de la mayor onerosidad sobreviniente (art. 1091 del CCC) y el abuso del derecho (art. 10 del CCC).

a) La lesión

El instituto se encuentra regulado en el art. 332 del CCC donde se establece que: "Puede demandarse la nulidad o modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir al momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar demanda.

Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción".

En coincidencia con LAVALLE COBO, entendemos que existe un vicio, una anomalía del negocio, consistente en un perjuicio patrimonial a partir de un aprovechamiento de un contratante respecto del estado de inferioridad del restante, de conformidad con los requisitos que establece la norma en cuestión y que más adelante se analizarán.

a) 1. Su origen

La lesión —subjetiva— que aquí se analiza es el instituto que ha tenido como origen en la lesión enorme u enormísima del derecho romano, más bien de tinte objetivo. Pues, se trataba de la herramienta por la cual se podía solicitar la anulación de un acto jurídico con prestaciones recíprocas pero donde se advertía que entre estas últimas existía una grave desproporción.

La cuestión esencial revestía en determinar la grave desproporción material (mayormente especificada de manera rígida por ley) y no importaba el condicionamiento personal del afectado siendo el principal ámbito de aplicación el contrato de compraventa.

Sin embargo, la lesión subjetiva ha de profundizar en la necesidad de un doble requisito, una afectación patrimonial (aspecto objetivo) y un aprovechamiento de la posición deficitaria del afectado (aspecto subjetivo).

a) 2. Su fundamentación

Existen diversas teorías que han tratado de dar fundamento a la incorporación de la lesión en nuestra legislación.

Así, en una primera posición se admite a la lesión subjetiva como un acto contrario a la moral y las buenas costumbres (SPOTA). Apuntándose que el acto lesivo se encontraría afectado de nulidad absoluta, no resultando —por ende— confirmable.

Una segunda teoría se apoya en la idea de nulidad en virtud de la existencia de una voluntad viciada por falta de discernimiento (debilidad mental), de intención (inexperiencia) y libertad (necesidad).

Una tercera posición, encuentra el sustento de la lesión en la afectación de la buena fe. Empero, al igual que las otras posiciones, la fundamentación sólo es parcial puesto que sólo se explicaría sólo y en parte el aspecto o requisito "subjetivo".

Indudablemente, la lesión ha de apuntar, en primer lugar, a la existencia de la voluntad viciada en el sujeto pasivo, pero para que justifique la nulidad o reajuste que brinda el enunciado legal requerirá que haya una "explotación" de esa situación deficitaria del afectado con motivo de la mala fe del explotador (BREBBIA).

Se agrega, de todos modos, que este fundamento debe estar acompañado de la desproporción patrimonial subsistente incluso al momento de la promoción de demanda por nulidad o reajuste puesto que caso contrario no procedería el instituto.

a) 3. La redacción del Código Civil y Comercial y los recaudos para que proceda la lesión

Definitivamente, la redacción del nuevo texto ha resultado similar a su precepto antecesor del Código Civil ([art. 954](#), [ley 340](#)).

Ya no se precisa a la anulación de los actos viciados por error, dolo, violencia, intimidación o simulación como comenzaba la anterior redacción sino que se puntualiza en la posibilidad de optar por las acciones de nulidad o modificación (reajuste equitativo) de determinados actos jurídicos.

Para que cualquiera de las acciones pueda prosperar corresponde acreditar una doble afectación tanto subjetiva como objetiva.

Desde la órbita subjetiva, la ley es sumamente precisa: se requiere que uno de los contratantes "explota o se aproveche" de la "necesidad", "debilidad síquica" o "inexperiencia" de la otra parte.

De conformidad con la anterior redacción (fruto de la denominada [ley 17.711](#)) se exigía que una de las partes se abusara de la necesidad, ligereza e inexperiencia de la otra. Es decir, que la nueva redacción cambia el término "ligereza" por el de "debilidad síquica". Lo cual estimamos más ajustado de conformidad con la significación que la doctrina y jurisprudencia le otorgaban al cuestionado término. Puesto que había que determinar con precisión cuándo se actuaba con ligereza, donde se apuntaba a una conducta que iba más allá de un obrar irreflexivo e imprudente. Se refería a ésta de debilidad mental sin llegar a ser un sujeto demente puesto que allí ya se involucraba a un presupuesto de validez del contrato como lo es la capacidad con relación a la formación del consentimiento.

Al pasar en limpio entonces los requisitos subjetivos se requerirá, en primer término que un contratante (de mala fe) explote o se aproveche del otro. Y que el lesionado se encuentre en situación de necesidad, debilidad síquica o inexperiencia.

i) La *explotación*. Cuando la norma refiere al término "explotando" apunta al aprovechamiento respecto del sujeto en situación de inferioridad, con la finalidad de obtener un lucro excesivo o ventaja desmedida.

Si bien es probable que el dolo caracterice gran parte de los negocios en los que resulte aplicable la lesión, lo cierto es podría bastar el mero conocimiento del lesionante respecto del estado de inferioridad del lesionado para que el aprovechamiento se materialice. También es cierto que el afectado podría prescindir del instituto de la lesión y directamente plantear la nulidad de modo autónomo por tratarse de la existencia de un vicio de la voluntad.

También en la norma se expresa que, "Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones". De modo que en esta circunstancia no habrá que articular medio probatorio alguno en la medida que la desproporción económica resulte palmaria puesto que se tratará de una presunción *iuris tantum*.

ii) La *necesidad*. Entendida como la carencia de los medios materiales y espirituales más elementales de una persona que agravan o dificultan el poder de decisión frente a un negocio. Se alude a una situación de penuria que anule o limite su libre voluntad.

iii) *Debilidad síquica*. Como se adelantó, ya no se refiere a la "ligereza", sino más apropiadamente a dicha circunstancia que excede con creces el obrar irreflexivo, imprudente o apurado. Ello había obedecido a la traducción que oportunamente se había hecho del Código alemán. El estado de debilidad mental puede ser accidental o permanente como ocurre en el caso de los inhabilitados (ej. pródigos). No debe tratarse de un demente declarado en juicio porque así afectaríamos, como se adelantó, la capacidad como presupuesto de validez del consentimiento.

iv) La *inexperiencia*. Como expone BREBBIA, existe inexperiencia cuando el sujeto pasivo del acto afectado de lesión no ha podido apreciar debidamente sus verdaderas características y proyecciones debido a la falta o carencia de conocimientos que se obtienen con el uso y práctica.

En otro orden, y dejando de lado la cuestión subjetiva, hay que puntualizar al requisito objetivo. Aquí se torna patente la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada sin justificación.

Cuando no existe coherencia entre los hechos y cosas relacionadas entre sí se refiere que existe desproporción. Cuando en el negocio las prestaciones no tiene correspondencia o relación uniforme se tornan desproporcionadas.

Ahora bien, dicha desproporción tiene que ser "evidente" por lo que una leve diferencia no sería suficiente para tener por comprobado el requisito objetivo. Por tanto, la ventaja tiene que ser grave, grosera con suficiente trascendencia.

Otro aspecto con relación a la desproporción es que se vincula a una "ventaja patrimonial o económica", sólo en ese caso procederán las acciones previstas en el art. 332 del CCC.

Por último, aun cuando se trate de una ventaja patrimonial desproporcionada evidente, requerirá que esta no esté justificada. Ello exige un estudio de la causa, es decir, la finalidad o motivo determinante de la negociación. Pues, bien podría tratarse de un negocio entre amigos o familiares donde más que una ventaja se persiga un ánimo de beneficiar.

Además, la desproporción tendrá que mantenerse latente hasta la misma promoción de la demanda. Pues, si un contrato nace desproporcionado pero al momento de la demanda se tornó equitativo o ajustado, impediría el progreso de cualquiera de las acciones fundadas en la lesión subjetiva.

a) 4. Campo de actuación del instituto de la lesión

En primer término, hay que descartar a los contratos gratuitos. Sin embargo, tampoco hay dudas, se aplicarán a los contratos bilaterales conmutativos. Es decir, aquellos donde existe prestaciones recíprocas y donde las ventajas y pérdidas son razonablemente conocidas por las partes desde la celebración del negocio jurídico.

Podrá aplicarse también a los contratos aleatorios, estos últimos cuando la lesión es extraña al riesgo propio del contrato (como de hecho ocurre en la imprevisión).

a) 5. La lesión y sus acciones

Como se adelantó las acciones que brinda la ley son la de nulidad o la de reajuste equitativo y los legitimados activos son el lesionado (o sus representantes) y, en caso de fallecimiento, sus herederos.

Queda la discusión si terceros (acreedores del lesionado) podrían optar por la acción subrogatoria, aspecto que estimamos viable pese a que no lo especifique la norma.

No quedan dudas acerca del régimen aplicable al planteo de nulidad. Sin embargo, cabe aclarar con relación al planteo de modificación o reajuste equitativo que optado por éste tácitamente se abandona la nulidad. De igual modo se transformará en acción de reajuste si es propuesta por el lesionante al momento de contestar demanda. Su fundamento responde, en principio, en que no existirían dudas que el lesionado quiso contratar con quien lo hizo del modo que ocurrió. En todo caso, es el aprovechamiento de uno en el otro con una ventaja desproporcionada lo que justifica esta excepcional revisión que habilitaría el reequilibrio contractual fundado en la equidad y uniformidad de las prestaciones principalmente en los contratos bilaterales.

La transformación de la acción de nulidad en de reajuste es automática y no puede ser discutida.

Cabe agregar que si bien la norma nada precisa, no debe descartarse el planteo de daños y perjuicios en cualquiera de las acciones que la ley prevé.

b) La imprevisión

Dicho instituto, también conocido como la teoría de la mayor onerosidad sobreviniente, tiene fundamentación en la buena fe contractual y el principio de equidad. Permite que, en la medida que la prestación a cargo de una de la partes se torne excesivamente onerosa por causas extraordinarias e imprevisibles, que el afectado pueda desligarse de su obligación (atentando así contra el efecto vinculante) planteando dos eventuales acciones: a) la resolución (total o parcial), o b) un reajuste o adecuación del negocio.

Conforme el art. 1091 del CCC se establece que: "Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación de torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia".

b) 1. La nueva redacción del Código

Mantiene sustancialmente la redacción original. Algunas variaciones tienen que ver con los siguientes aspectos:

En el art. 1198 del Código Civil ([ley 340](#)) refería que el campo de aplicación se vinculaba a los contratos bilaterales y los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada.

La nueva redacción sólo mencionará a los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente. Por lo que básicamente se aplicaría a los mismos negocios excluyendo, claramente, aquellos contratos celebrados de modo gratuito.

Persiste, asimismo, la posibilidad de aplicar el instituto a los contratos aleatorios cuando la prestación se tornase excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

Por otro lado, el nuevo código admite expresamente que el planteo sea extrajudicial o judicial (como acción o excepción), aspectos que antes no se puntualizaba.

La acción no solo cabe al afectado o herederos sino también a "terceros" (agrega la nueva norma) que sea titular de derechos u obligaciones emergentes del vínculo.

Asimismo, se extrajo de la vieja redacción la posibilidad de resistir la acción de resolución por parte del recurrentes si el recurrido ofreciese mejorar equitativamente los efectos del contrato.

b) 2. Naturaleza del instituto

Como se adelantó, esta herramienta se basa en la buena fe y en la equidad. Pero, no obstante, viene a contrariar la palabra empeñada y, más específicamente, el efecto vinculante o fuerza obligatoria contemplada en el art. 959 del CCC.

Es un remedio excepcional, toda vez que los contratos nacen para ser cumplidos. Si se habilitase que en cualquier momento un contrato pudiese ser revisado unilateralmente se atentaría contra la seguridad jurídica, el derecho de propiedad y se introduciría un principio de revisibilidad contractual como regla, lo que resulta inadmisibles.

b) 3. Ámbito de aplicación

La norma puntualiza que será aplicable a los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente.

En consecuencia, el remedio involucrará aquellos contratos onerosos donde los eventuales beneficios o pérdidas sean conocidos por las partes al momento de la celebración del contrato.

Al referir acerca de la ejecución diferida o permanente se alude a aquellos negocios donde una o más prestaciones todavía no se han cumplido por estar supeditadas en el tiempo —diferidas— (ej. venta a plazo). O que en definitiva son prestaciones continuadas, de tracto sucesivo o, como refiere la ley, "permanentes" (ej. el pago del alquiler en una locación inmobiliaria).

Sin lugar a dudas, se excluyen los contratos de ejecución instantánea puesto que no podría sobrevenir una excesiva onerosidad a una prestación ya cumplida.

En el caso de los negocios aleatorios, sólo será aplicable la imprevisión cuando la excesiva onerosidad supere el álea normal del contrato.

b) 4. Recaudos para la procedencia de la imprevisión

Se requerirá que la prestación a cargo de una de las partes se torne "excesivamente onerosa" por una alteración "extraordinaria" de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, por "causas ajenas" a las partes y al riesgo asumido.

En consonancia con su antigua redacción esta excepcional herramienta requerirá de la excesiva onerosidad de la prestación. Es decir, que las prestaciones dejaran de ser correlativas entre sí, lo que será objeto de específica prueba por parte de quien invoca el desequilibrio contractual.

Deberá ser sobreviniente, es decir, ocurrirá luego de la celebración del negocio y cabe aclarar que la prestación se torne excesivamente onerosa no se vincula con que el afectado se encuentre ante una imposibilidad material de cumplir, sino que bastará con que esta onerosidad se de en exceso.

Además de ser sobreviniente, tendrá que ser extraordinaria. Este último adjetivo calificativo nos coloca fuera de las circunstancias ordinarias comunes y previsibles por lo que se vincula, de algún modo, al caso fortuito y la fuerza mayor. Creemos que el carácter "imprevisible" que antiguamente refería el art. 1198 del Código Civil ([ley 340](#)) bien podría haberse mantenido en la redacción del nuevo texto.

En palabras de LAVALLE COBO la circunstancia extraordinaria sobreviniente debe tratarse de una alteración de naturaleza tal que, de ningún modo, se hubieran podido imaginar por las partes, o bien de eventos que, de haber sido conocidos, habrían determinado que el contrato se hubiera celebrado en otras condiciones. Acontecimientos graves, excepcionales, anormales e inevitables, sobrevinientes a la constitución de la obligación y que no entren en el álea o riesgo propio del contrato.

Así una devaluación en nuestro país no necesariamente podría advertirse como una circunstancia extraordinaria pero sí un supuesto de hiperinflación.

Aun cuando la doctrina no sea totalmente pacífica, bien es sabido que luego de los acontecimientos económicos de 2001 muchos de los contratos celebrados en moneda extranjera y que se encontraron en curso de ejecución, admitieron, en gran cantidad de casos, solución a la luz de la teoría de la imprevisión. Fue el primordial remedio que los jueces emplearon ante los desajustes económicos basados en normativas de emergencia y la pérdida de la ley de convertibilidad (que para aquél tiempo estipulaba que un peso argentino era igual a un dólar estadounidense).

También, dentro del análisis de los recaudos para la procedencia de la imprevisión, cabe destacar que el acontecimiento extraordinario tiene que tener relación de causalidad con la excesiva onerosidad sobreviniente.

Por último, esta alteración sustancial de la prestación no debe tener vinculación con el obrar de la partes; debe sobrevenir por causas ajenas a éstas y al riesgo asumido por el afectado.

b) 5. Acciones

Tal como se precisara, el art. 1091 del CCC confiere dos acciones específicas y concretas: la resolución — total o parcial— del negocio. O, el reajuste equitativo o, lo que es lo mismo, la adecuación del contrato.

Dichas alternativas pueden ser planteadas de modo judicial (como acción o excepción) o extrajudicial. Lo que significa que el damnificado podrá optar por el inicio de un litigio donde deba demostrar al magistrado la existencia y alcance del contrato y que su prestación se tornó excesivamente onerosa por una circunstancia extraordinaria (ajena a la partes), por lo que habilita cualquiera de las acciones fundada en un desequilibrio contractual manifiesto y grosero.

En caso de optar por la vía extrajudicial, deberá el afectado hacer saber a su cocontratante de modo fehaciente (carta documento, telegrama colacionado, etc.) que hará efectiva la acción de resolución o de la de adecuación. Sin embargo, concluimos que indefectiblemente ante el silencio o negativa del sujeto anoticiado, sólo será la vía judicial la que permitirá —a partir de una sentencia— hacer efectiva la pretensión del afectado de ser esta conducente.

Los eventuales caminos:

i) La *resolución* es un modo anormal de extinción contractual basado en una causa sobreviniente, en el particular, consagrada en la ley. En el caso la mayor onerosidad sobreviniente fundada en un acontecimiento extraordinario. Genera efectos *ex tunc*, por lo que éstos serán retroactivos y no afectará a las prestaciones ya cumplidas (ej. una locación inmobiliaria). En conclusión, de modo unilateral el damnificado puede extinguir el vínculo devolviéndose recíprocamente (en principio) lo recibido hasta allí.

Cabe destacar que la doctrina ha discutido si se trata de una verdadera resolución o, en cambio, una rescisión unilateral (LLAMBIAS, BORDA, LAVALLE COBO, entre otros). En la redacción original del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 se había puntualizado en la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato, sin embargo, a partir de modificaciones posteriores se volvió al término de su artículo antecesor (art. 1198 del Cód. Civil) al referirse a la resolución. Para una mejor comprensión de las diferencias entre ambos modos anormales de terminación remitimos al lector al capítulo de extinción contractual.

ii) La *adecuación*. Dicha posibilidad consagra el reajuste del negocio. Es decir, la posibilidad de reequilibrar el contrato basado en el principio de la equidad. Pues, un acto jurídico bilateral que había nacido equilibrado, congruente, correlativo y, en cierto modo, uniforme, por una circunstancia extraordinaria sobreviniente se tornó inequitativo.

De este modo la acción de adecuación viene a paliar este desequilibrio permitiendo la subsistencia del negocio en otros términos. Tiene en miras, claro está, el principio conservatorio del contrato ya que todo vínculo de esta especie nace para ser cumplido. Su desajuste o falta de correlación entre las prestaciones — corregido— admite que perdure el negocio y pueda ejecutarse del modo que razonablemente las partes tuvieron pensado al celebrarlo.

b) 6. Comparación con la lesión

Las diferencias son palmarias. En la lesión se trata de un vicio que afecta el acto jurídico desde su concepción. Alguien ha explotado o se ha aprovechado de la necesidad, debilidad mental o inexperiencia del otro contratante obteniendo una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación.

En la imprevisión, en cambio, el contrato ha nacido perfecto sin ningún desequilibrio inicial. Sin embargo, este desajuste o falta de correlatividad entre las prestaciones ha de sobrevenir. Surgirá con posterioridad a la celebración y no tiene que ver con el aprovechamiento de un sujeto sobre otro que se encuentra en situación de inferioridad sino que se origina en causas extraordinarias ajenas a las partes.

Por último, las acciones que confieren ambos institutos difieren. Puesto que si bien en ambos casos podría plantearse una adecuación o reajuste del negocio, en la lesión, al tratarse de un vicio, hace procedente la nulidad; mientras que en la imprevisión, la extinción del vínculo se relaciona exclusivamente con la resolución.

c) *Abuso del derecho*

En el art. 10 del CCC, se establece que: "El ejercicio regular de un hecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

c) 1. Su redacción conforme la reforma

Cabe precisar que mantiene, mayormente, la redacción y sentido previstos en el art. 1071 del Cód. Civil (ley 340, con la modif. de la denominada ley 17.711). Sin embargo, en su último párrafo, se ordena y faculta a los magistrados a velar porque se eviten ejercicios abusivos de derechos, puedan modificarse los efectos nocivos de una situación desajustada e incluso se fije la indemnización que correspondiere a pedido del damnificado.

No obstante ello, cabe puntualizar que la Comisión de reforma se ha hecho eco de algunas críticas que se vertían en torno a la ubicación metodológica del artículo toda vez que se entendía que debía hallarse en la parte general del Código, por tratarse de un principio general del Derecho.

c) 2. Requisitos para que se configure

Desde luego que todo aquel que alegue un acto de esta naturaleza le incumbe la carga de demostrar su existencia a través de un pleito (sea por acción o excepción). Para ello será fundamental contar con los siguientes recaudos:

a) *Ejercicio de una conducta permitida dentro del Derecho positivo y que contraría la finalidad de una norma, la buena fe, la moral o buenas costumbres.*

A partir de este particular requisito, la doctrina ha distinguido entre lo lícito, lo ilícito y lo abusivo. El último, se encuentra en una zona gris, justo al límite entre lo lícito e ilícito. Hay un ejercicio abusivo cuando el acto es intrínsecamente legal pero se le imputa una sanción por haberse violado la funcionalidad del Derecho al ejercérselo irregularmente. Es decir, el acto nace de un derecho amparado legalmente pero su ejercicio "irregular" hace que atente contra la finalidad de la norma.

b) *El daño.*

Se requiere de la existencia de un perjuicio importante, trascendente o grave que tenga origen en el ejercicio antifuncional de un derecho. La doctrina ha sido dispar acerca de si la conducta debe ser con dolo o basta con la mera culpa en la medida que procedan los demás requisitos. Pareciera que en la medida que exista abuso bastará para ser solicitado como límite al efecto vinculante de un negocio. Sin embargo, no quedan dudas que el dolo agrava una eventual situación y el presunto resarcimiento que el afectado pudiese solicitar.

c) 3. Algún típico ejemplo moderno

Según se verá más adelante, un terreno muy fértil en materia de conductas abusivas es el de la relación de consumo.

Como bien es sabido, una forma típica de instrumentar los negocios en masa son los contratos de adhesión o de cláusulas predispuestas a través de los cuales el empresario-proveedor plasma de manera unilateral las condiciones de la contratación a los que el consumidor-usuario deberá adherir en la medida que esté de acuerdo.

Si bien la doctrina de modo uniforme ha sostenido que existe consentimiento ya que el consumidor puede aceptar o rechazar la propuesta, lo cierto es que la imposibilidad de discutir de modo individual cada una de las estipulaciones ha permitido que proliferen, en algunos casos, ciertas cláusulas que pueden tildarse de abusivas. Es verdad que el art. 1119 del CCC hace particular hincapié en que no se distingue entre contratos negociados individualmente de aquellos que no. Sin embargo, entendemos que justamente la falta de discusión específica sobre el contenido del negocio bien puede permitir la proliferación de cláusulas abusivas como las que se describen.

Ha ocurrido en contratos bancarios, tarjetas de crédito, seguros entre tantos otros. En todos los casos existe un denominador común que es la desnaturalización de obligaciones a las que las partes se someten, renuncia de elementales derechos por partes de los consumidores que causan un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio, claro está, del más débil jurídico.

3. OTRAS DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA CONTRACTUAL

3.1. Voluntad y normas legales

En el capítulo 1º del título que se establecen criterios para resolver la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas legales, conflictos de normas e integración del contrato.

En primer término, y sin perjuicio de plasmarse la libertad de contratación y el efecto vinculante de los contratos en forma previa, se plasma en el art. 962 que en todo negocio ha de primar la voluntad de las partes como principio general. De este modo, las normas legales relativa a los contratos serán entendidas como "supletorias" de la intención común. Sin embargo, existirán desde luego excepciones toda vez que dichas normas podrían resultar de carácter indisponible (por su expresión, contenido o contexto) y, por tanto, no podría la voluntad de las partes sobreponerse a ellas.

Así el art. 962, con relación al carácter de las normas legales, prescribe que: "Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

La prelación normativa en caso de contraposición entre lo dispuesto en el Código y leyes especiales se establecerá de conformidad con lo establecido en el art. 963 en el siguiente orden:

- a) Normas indisponibles de la ley especial y del Código Civil y Comercial de la Nación.
- b) Normas particulares del contrato.
- c) Normas supletorias de la ley especial.
- d) Normas supletorias del Código Civil y Comercial de la Nación.

3.2. Integración contractual

Como pauta elemental, serán las partes quienes establezcan el contenido y alcance de los negocios y, en consecuencia, terceros no deberían poder interferir en un aspecto ajeno como lo sería un contrato.

En esta línea de razonamiento es que se ha dicho que, en particular, los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

Esta recepción de integración en cabeza de los magistrados es incorporada en primer término en los arts. 960 y 964 del CCC. Principalmente, el primero de ellos, prevé que: "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público".

Esta norma estaba en el Proyecto de reforma de 1998 y sigue la jurisprudencia argentina en la materia. La regla es que los jueces no pueden modificar un contrato, porque deben respetar la autonomía privada. La excepción ocurre cuando una ley autoriza a las partes a solicitar la modificación o bien cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Respecto de esto último, cabe decir que la consecuencia habitual es la nulidad, pero en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país se ha admitido, excepcionalmente, la conservación del vínculo.

Los problemas que ello podría suscitar con relación a la aplicación del principio protectorio están solucionados al admitirse el control judicial en los vínculos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación y al legislarse los contratos de consumo en un título diferente.

Los derechos resultantes del contrato integran el derecho de propiedad, lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en contextos de emergencia económica.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, lo cierto es que la expresa incorporación de la integración en el nuevo Código ha sido una trascendente modificación e importante herramienta que quedará en manos de los jueces y su prudencia. A partir de su importancia es que entendemos merece una ampliación en torno a su desarrollo.

a) Noción de integración

Integrar significa formar parte de un todo, completarlo. Supone colmar el contenido del contrato, o añadirle efectos que no están en él, pero que surgen en virtud de lo dispuesto por la ley. Su función tiende a subsanar las lagunas existentes en el contrato.

VIDELA ESCALADA ha señalado que la diferencia entre la integración y la interpretación —aún en la especie integradora— radica en que aquélla no busca la intención común de las partes, sino que, al contemplar principios jurídicos generales como formando parte de toda convención, tiende a hacer nacer del contrato mismo ciertas consecuencias jurídicas ajenas a la intención directa de las partes.

Cuando la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico no regule en su totalidad la relación jurídica concreta, cuando existan ciertas lagunas porque a las partes no se les haya ocurrido resolver sobre algunos puntos, se encarga el orden jurídico de disponer por las partes mediante las normas jurídicas que se

llaman supletorias y dispositivas y que establecen por ellas los resultados económicos que ordinariamente, normalmente, hubieran perseguido ellas mismas en idénticas circunstancias (DANZ).

b) Integración: Conceptualización y extensión del término

Como hemos tenido oportunidad de referir en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, entendemos por integración contractual al atributo excepcional y de interpretación restrictiva que, por disposición legal o convencional, tienen los terceros (jueces, árbitros y, eventualmente, otros *penitus extranei*), de completar el contenido del contrato o añadirle efectos que no estén previstos —ni explícita ni implícitamente— en el acuerdo.

Sin dudas, debe diferenciarse la integración de la interpretación integradora, siendo esta última una subespecie de la labor interpretativa que pretende desentrañar lo que hipotéticamente las partes hubieran querido, a diferencia de la primera, que recurre a un criterio puramente objetivo.

La integración no implica crear obligaciones sino que la fuente de las mismas está en la ley. Por ello, debe efectuarse sobre la base de normas supletorias y, en su caso, con las normas imperativas, debiendo incluir un componente nuevo en su contenido o efectos.

Toda la cuestión relativa a la determinación del sentido y alcance del contrato se encuentra plagada de discrepancias de orden semántico. Así, a la par de autores que tienden a diferenciar con claridad los conceptos de interpretación, interpretación integradora e integración, algunos otros, a pesar de desconocer la autonomía de uno u otro de tales conceptos, reconocen el ejercicio de la labor que cada uno implica para el operador del derecho.

Entendemos que la definición de aquellos conceptos es útil y, por tanto, necesaria; fundamentalmente, porque la aplicación de uno u otro instituto impondrá consecuencias relacionadas con la posibilidad (o, en su caso, imposibilidad) de habilitar las vías impugnatorias que, de acuerdo al procedimiento ritual de que se trate, impliquen el estudio de cuestiones de derecho. Es que, mientras la interpretación atiende a cuestiones de hecho y prueba (y, por ende, ajenas a las que pueden reeditarse ante un tribunal que funcione como casación), la labor de integración del contrato, en tanto eminentemente jurídica, podrá abrir aquellos canales procesales distintos de los ordinarios.

Abordando, pues, esa tarea de definición, resulta preciso recordar que el principio en materia contractual es que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad que ella implica, se encuentran en condiciones de establecer su propia norma particular o, lo que es igual, de crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos.

Precisamente cuando esa declaración de voluntad común que conforma el contrato no regula en su totalidad un negocio jurídico determinado, se presenta la necesidad de *completar* esa relación jurídica. En sentido coincidente, explica LORENZETTI que la integración toma lugar cuando la autonomía de la voluntad que forma el contrato resulta insuficiente y, en tal caso, el juez recurre a otras fuentes, como la ley supletoria o las costumbres, para establecer la extensión de las obligaciones.

DANZ, por su parte, sostiene que cuando la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico no regula en su totalidad la relación jurídica concreta, cuando existen ciertas lagunas porque a las partes no se les haya ocurrido resolver sobre algunos puntos, se encarga el orden jurídico de disponer por las partes mediante las normas jurídicas que se llaman supletorias y dispositivas y que establecen por ellas los resultados económicos que ordinariamente, normalmente, hubieran perseguido ellas mismas en idénticas circunstancias.

Para nosotros, entonces, es claro que el lugar que ocupa la facultad de integración contractual es de excepción: sólo ante la ausencia de disposición de las partes contratantes podrá recurrirse a la actividad

integradora; podría decirse, acudiendo a expresiones que se utilizan para referirse a la relación entre el ejercicio de la judicatura y la declaración de inconstitucionalidad: la integración aparecería como la *ultima ratio* de la intervención judicial sobre el contrato particular.

De ello se desprende, asimismo, el carácter restrictivo de esta atribución; en efecto, frente a la existencia de un margen de duda que abra la posibilidad de integrar y, también, la de realizar una labor meramente interpretativa de la voluntad de las partes que permita dar con el contenido del contrato, deberá preferirse esta última opción, en la medida en que ella es la que mejor se adecua al prisma con el que debe apreciarse todo el derecho contractual: dar primacía a la autonomía de voluntad de los sujetos contratantes. Es por ello que, el acuerdo de partes, posterior a la celebración del contrato, obsta a la integración; incluso, los contratantes podrían modificar la integración efectuada por el juez, el árbitro u otros terceros, siempre que ello no importare alterar las previsiones del derecho imperativo.

Estas notas características de excepcionalidad y apreciación estricta, se complementan, según nuestro criterio, con la necesidad de que la opción que acuerde integrar el vínculo contractual se encuentre legal o convencionalmente prevista; de lo contrario, como dijimos, el eventual vacío no podría sino ser completado a través de una labor interpretativa de la voluntad común de los contratantes.

Por lo demás, consideramos que la posibilidad de integrar el acuerdo se verifica cuando existe un vacío que no puede resolverse a través de cláusula alguna, sea ésta explícita o implícita, de las insertas por las partes en el acuerdo. Y tampoco puede hablarse de integración cuando, por ejemplo, en un contrato bilateral, los contratantes hubiesen guardado silencio respecto de la inclusión de la cláusula comisorio; en este caso, no habría integración alguna, sino la lisa y llana aplicación de la norma legal supletoria. Enfatizamos en este aspecto, puesto que esta visión tampoco es compartida en forma unánime; en efecto, considera MOSSET ITURRASPE que la integración está dirigida a señalar las consecuencias jurídicas que emergen del negocio, sea por voluntad de las partes, manifestada de manera expresa o tácita, sea por voluntad del legislador a mérito de los elementos estructurales y de los efectos naturales.

Entendemos que la integración comprende tanto la operación de completar el contenido del contrato como la de añadirle efectos no previstos.

Por último, la integración del contrato conforme el art. 960 del CCC tendría únicos destinatarios: los jueces. Sin embargo, más allá del supuesto legal previsto, entendemos que la integración puede provenir tanto del juez como de un árbitro u otro tercero ajeno a las partes contratantes. Así, claro ejemplo de este último supuesto lo podría constituir la fijación del precio en el contrato de compraventa por parte de un tercero.

c) Labor interpretativa e integración

Comparando la labor interpretativa con la integración propiamente dicha, LORENZETTI señala que las notas características y distintivas de ambas serían: la vocación de futuro de la integración contractual frente a la mirada hacia el pasado que implica la interpretación y la presencia ineludible de la interpretación —aún en caso de disposiciones claras— frente a la actuación sólo en caso de insuficiencia de la autonomía privada que distingue a la integración.

Sin embargo y pese a estas diferencias que permitirían una clara distinción entre el ámbito propio de uno y otro instituto, bien señala el mismo autor que existen casos en que la interpretación llega a las fronteras y se independiza del texto estrictamente fijado por las partes, integrándolo. En este límite habría un espacio común y muchas veces confuso, en que se interpreta y se integra.

Así, pues, la denominada interpretación integradora se ubicaría en una posición intermedia entre la interpretación (aspecto que ahondaremos en el capítulo pertinente) y la integración. Podrá, entonces, hablarse de interpretación integradora cuando se trate de desentrañar las consecuencias que implícitamente surgen de la voluntad de las partes para completar alguna laguna existente en el acuerdo. En otras palabras, de lo que

se trata es de completar los eventuales vacíos que pudieren existir en el contrato a partir del desarrollo, conforme diversas pautas, de la propia voluntad de las partes.

Como bien se ha señalado según una definición a la que adherimos, la interpretación integradora pretende llenar las lagunas de la *lex negotii* a partir de una voluntad presunta de las partes, a diferencia de la interpretación ordinaria que opera sobre las dudas de la voluntad real, para resolverlas (SERRANO FERNÁNDEZ).

Nuevamente señalamos que, tal como sucede en toda esta materia, la existencia de la interpretación integradora como categoría autónoma no es aceptada en forma unánime; así, se ha dicho —a partir de una lectura del Cód. Italiano de 1942— que este fenómeno, entendido como la inserción de las leyes supletorias (salvo voluntad en contrario) o bien de las imperativas (aún pese a esa voluntad), no puede ser considerado como labor interpretativa, ni siquiera con el calificativo de integradora, pudiendo solo hablarse de complementación cuando las partes no se han explicado y de corrección cuando lo han hecho en sentido discorde con normas imperativas (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

d) Los terceros en la integración

La labor integradora que, a todo evento, podría llevar a cabo el juez (o incluso un árbitro) debe, necesariamente, presentarse en el marco de un caso o causa (esto es, no plantearse en abstracto, con meras finalidades consultivas, sino como un verdadero conflicto de intereses) y, asimismo, en el contexto de un proceso o procedimiento en el que hubiere sido puesto en cuestión el acuerdo o contrato objeto de la hipotética integración.

Ello, a diferencia de lo que suele acontecer en el caso de integración por parte de un verdadero tercero o *penitus extranei*, cuya labor no presupone la previa discrepancia de las partes ni, evidentemente, conflicto formal alguno; más aún, la participación del tercero en estos supuestos funciona generalmente como definición de uno de los elementos esenciales del acuerdo.

Impulsada la actividad jurisdiccional y en el deber de resolver la cuestión, el magistrado no puede ampararse en lagunas u omisiones de las partes, sino que necesariamente tiene el deber de integrar el contenido de las cláusulas pactadas y disponer aquello que no fue previsto por las partes.

Es posible que el contrato guarde silencio sobre alguna de las cuestiones que es objeto de litigio; un silencio que puede obedecer a diversas causas: que las partes no percibieran, en el momento de celebrar el contrato, dicha dificultad, bien porque habían referido la regulación jurídico negocial a unos presupuestos de hecho inexactos, o las circunstancias de hecho cambiaron después de la celebración del negocio; o también es posible que omitieran dicha regulación ante el temor de que se retrasara la conclusión del contrato, o simplemente lo previeron pero estimaron inútil decirlo pues para eso está la legislación supletoria.

Entendemos, junto con ALFERILLO, que el juez únicamente ingresará en la labor de integrarlo cuando tenga un contrato parcialmente vigente, pues de lo contrario las partes habrían quedado desvinculadas.

La integración será para el juez, entonces, el medio de cumplir su misión, que es zanjar el litigio que se le somete y está elaborada sobre un caso preciso (RIPERT—BOULANGER).

En definitiva, la operación de integración consistirá en añadir a lo que las partes dijeron, otras reglas que no explicitaron pero que resultan necesarias para la dilucidación del conflicto, donde lo explícito del contrato se completa, por vía de agregación, con otros datos; en otras palabras, importará salvar una omisión u oscuridad en que incurrieron las partes del contrato al formular la declaración de voluntad común, o bien, reemplazar aquel aspecto del acuerdo que hubiera sido declarado nulo.

e) Interpretación integradora

Esta actividad de "interpretación integradora" se ubicaría en una posición intermedia, entre la interpretación y la integración.

Dentro de la esfera del contrato procura desentrañar las consecuencias que implícitamente están en él, conforme un criterio objetivo del ordenamiento jurídico. Algunos autores señalan que el contrato debe considerarse integrado con cláusulas complementarias y supletorias que integran los usos sociales. Otros encuentran en este supuesto el caso de las normas imperativas.

f) La calificación como labor previa de la interpretación e integración

Calificar significa determinar la importancia o mérito de algo. Según la expresión de CAPITANT, consiste en la determinación de la naturaleza de una relación jurídica a efectos de clasificarla entre las categorías existentes.

Para MOSSET ITURRASPE refiere a la determinación de la naturaleza jurídica de un contrato; o bien, como se ha dicho en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, "consiste en ubicar a los contratos dentro de las categorías generales definidas por la ley, como también dentro de las elaboradas por la doctrina".

Es cierto que se ha encontrado su utilidad en los casos, no poco habituales, en que las partes designan el contrato de un modo diverso al que corresponde a la naturaleza misma de esa relación, a su esencia. Como se sabe, llegado el caso a un tribunal, éste debe decidirlo en función de la verdadera naturaleza y no según la determinación dada por las partes.

Si se tiene en cuenta que la calificación se relaciona con los elementos y estructura del contrato, correspondería aclarar que la existencia de los elementos constitutivos del mismo deberá fijarse previo a la interpretación propiamente dicha.

Seguidamente, procederá la ubicación dentro de las categorías jurídicas existentes.

Si bien no es conveniente omitir el tema de la calificación al considerar la interpretación de los contratos, debe prevenirse el riesgo que en casos de interpretación judicial se desvirtúe la voluntad común de las partes mediante una calificación que pueda realizar el juez, en tanto éste escinda tal calificación de la propia interpretación.

Pareciera existir un punto de unión que las convierte inseparables y que en parte sirviera de fundamento para sostener que bien podría considerarse la calificación como una etapa o momento componente de la interpretación.

Relacionado con el aspecto de la ubicación dentro de las clasificaciones existentes, la mayor complejidad aparecerá en los casos de contratos atípicos, donde la actividad interpretativa deberá centrarse de acuerdo a las pautas de regulación para tales contratos (GASTALDI) en la particular determinación de su contenido y efectos particulares, dado que en tales casos se ve dificultada la eventual labor de integración a través de las leyes supletorias.

Al efectuar la labor interpretativa puede darse el supuesto de encontrar preceptos que no fueron previstos —expresa o implícitamente— por los sujetos intervinientes en el acto jurídico. Es allí donde se hace necesario

recurrir a la actividad integradora. Cabe hacer la salvedad que ello será así en tanto la omisión comprobada no implique la falta de un elemento esencial, lo cual significaría la nulidad del acto.

La tarea interpretativa no concluye con la averiguación del sentido y alcance de lo expresamente declarado por las partes, sino que es necesario determinar aquello que los sujetos tuvieron en miras al constituir el negocio jurídico.

En cada caso en concreto, es el juez quien debe interpretar el acto jurídico para establecer sus efectos.

Es por ello que, impulsada la actividad jurisdiccional y en el deber de resolver la cuestión, el magistrado no puede ampararse en lagunas u omisiones de las partes, sino que necesariamente tiene el deber de recurrir a normas supletorias, dispuestas por el ordenamiento legal, para así integrar el contenido de las cláusulas pactadas y disponer aquello que no fue previsto por las partes.

Es decir que, el fin de esta operación consiste en precisar las consecuencias jurídicas de la relación existente.

Por lo tanto, cabe aclarar que si bien la interpretación finaliza al fijar el alcance y sentido de un negocio jurídico, en muchos casos esto no resulta suficiente para determinar las consecuencias del mismo, siendo necesario integrar sustituyendo con normas supletorias las omisiones de los sujetos parte del acto.

Tanto la integración como la eventual interpretación integradora son consecuencia en última instancia de disposición de la ley. De allí que tales actividades acrecientan la complejidad del conjunto de la labor en análisis.

CAPÍTULO III - CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS CONTRATOS

1. CLASIFICACIÓN. UTILIDAD PRÁCTICA

De acuerdo a un criterio estricto en cuanto a la técnica legislativa, las cuestiones puramente doctrinales resultan impropias en un cuerpo de leyes. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial.

Nosotros sostenemos que la división por clases de los contratos (que, a su vez, impone una *definición* de cada una) no sólo resulta de fundamental utilidad para una mejor comprensión de la materia, sino que también —como veremos— se traduce en concretas consecuencias jurídicas al momento de analizar sus efectos, por lo que dichas normas no son meramente doctrinarias.

2. CLASIFICACIONES LEGALES EN PARTICULAR

El Código Civil y Comercial suministra varias clasificaciones legales de los contratos —arts. 966 a 970—, adoptando el criterio de las divisiones "pareadas", es decir, de dos en dos oponiendo una a otra, de modo de establecer una comparación que permita distinguirlas claramente. Cada una de estas clasificaciones abarcan a la totalidad de los contratos.

2.1. Bilaterales y unilaterales

Dentro de las clasificaciones jurídicas, la primera que nos ofrece el Código Civil y Comercial es la del art. 966 y es de la que seguidamente vamos a ocuparnos.

Conforme dispone esa norma "[l]os contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada. Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales".

Como claramente se desprende del texto de ese artículo, esta clasificación asienta su diferenciación a partir de la caracterización del contrato como fuente de obligaciones; así, si ellas surgen para una sola de las partes, será unilateral (por ejemplo, donación simple, mandato gratuito, renta vitalicia, fianza, mutuo, comodato, depósito gratuito), o bien, si las obligaciones son recíprocas, se tratará de un contrato bilateral o sinalagmático, como también se lo llama (La expresión "synalagma" es griega y deriva de Aristóteles; utilizada en el sentido de "justo correctivo" vino a significar la necesidad de producir una cierta conmutación o intercambio de bienes para alcanzar un equilibrio (DESPOTOPOULOS, CONSTANTIN). Los ejemplos abundan: compra y venta, permuta, cesión onerosa, locación en sus diversos tipos, mandato oneroso, etc.

El concepto que emana del artículo centra el criterio de clasificación en la existencia de una o dos partes obligadas, pero debe destacarse que no basta que en el contrato bilateral cada una de las partes resulte obligada con una prestación (es decir, que existan obligaciones contrapuestas), sino que es necesario que entre ambas exista un vínculo de reciprocidad, de interdependencia, por lo que cada parte no está obligada a su propia prestación, sin que sea debida la de la contraria; una resulta así presupuesto de la otra.

En el contrato bilateral también puede decirse que ambas partes se constituyen recíprocamente en deudores y acreedores, debiendo surgir (y, consecuentemente, coexistir) sus obligaciones en el momento mismo del nacimiento del acuerdo.

Por otra parte, de acuerdo a la definición que da el codificador en el art. 1138 del Código Civil ([ley 340](#)), se llaman contratos unilaterales aquellos en los cuales una sola de las partes resulta obligada (como ocurre, por ejemplo y en principio, en la donación, o en el comodato, mutuo, etc.).

2.1.1. Contratos bilaterales imperfectos

Se admite en alguna doctrina también la subclasificación de los contratos bilaterales o sinalagmáticos en perfectos e imperfectos.

Serían los primeros aquellos que desde su nacimiento engendran obligaciones recíprocas y los segundos aquellos que, al momento de perfeccionarse el contrato, hacen nacer obligaciones para una sola de las partes —es decir, son genéticamente unilaterales—, pero que, en la etapa de ejecución, pueden también hacer surgir para la otra, convirtiéndose de esta manera en funcionalmente bilaterales.

Los denominados bilaterales imperfectos son, en realidad, unilaterales, pues las obligaciones nacen en momentos diferentes y no se encuentran en el nexo lógico de interdependencia a que hemos aludido como distintivo en esta categoría de contratos.

En otra posición, cierta doctrina centra la distinción en el hecho de que en el contrato sinalagmático imperfecto, a diferencia de lo que sucede en el propiamente bilateral, una de las obligaciones no constituye en

realidad la contraprestación de la otra, clasificando los contratos en rigurosamente unilaterales (en los cuales sólo una parte se obliga frente a la otra) y los no rigurosamente unilaterales (en los que, no obstante que normalmente uno sólo de los contratantes es el que, principalmente, tiene derechos, puede surgir una obligación a su cargo que no representa —en rigor— la contrapartida o retribución de su derecho), por ejemplo, la obligación de reembolsar los gastos extraordinarios que hubiere tenido que realizar el comodatario (art. 1540 inc. d, CCC).

2.1.2. Contratos plurilaterales

Suele denominarse de esta forma a aquellos contratos en los cuales pueden participar —*ab initio* o después de su formación— varias (en el sentido de dos o más) partes (MESSINEO), por ejemplo, el contrato constitutivo de una sociedad comercial unipersonal. En este sentido, puede advertirse que el llamado contrato plurilateral se asemeja al acto plurilateral, pues aquél concepto, como éste, apuntan a la cantidad de partes y no a las obligadas. A estos contratos se le aplican supletoriamente las normas de los bilaterales, tal cual lo dispone la norma legal.

2.2. Onerosos y gratuitos

Conforme lo dispuesto por el art. 967 del CCC, "[l]os contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independientemente de toda prestación a su cargo".

Sostenemos que la ventaja o provecho tiene que ser material, quedando excluidas las satisfacciones puramente morales o de conciencia.

Cabe destacar la opinión de BETTI, quien enseña que el negocio tendrá carácter oneroso cuando represente la compensación de un sacrificio patrimonial impuesto en vista de él, o tenga por contrapeso la compensación de un sacrificio patrimonial ajeno (para el caso, según este autor, de la gestión de negocios ajenos).

2.3. Conmutativos y aleatorios

El codificador consagra la clasificación objeto de este punto en el art. 968 del CCC al disponer: "Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto".

Precisando más el concepto, podemos decir que será conmutativo cuando verse sobre prestaciones ciertas y determinadas y, por lo tanto, no esté sujeto a riesgo, aunque el resultado económico no quede asegurado o sea incierto. Es decir, conmutativos son aquéllos contratos en los cuales las ventajas o pérdidas son conocidas por las partes al momento de la celebración del negocio.

2.3.1. Contratos aleatorios por naturaleza o por voluntad de las partes

Los contratos aleatorios pueden serlo por su propia naturaleza (como el contrato oneroso de renta vitalicia, los contratos de juego y de apuesta, de rifa, de seguro, de préstamo a la gruesa, etc.), o bien por voluntad de las partes.

Por su parte, existen otros que, siendo naturalmente conmutativos, pueden dejar de serlo en caso de que, refiriendo su objeto a una cosa futura, una de las partes tome el riesgo de que la misma llegue o no a existir o de que exista en mayor o menor cantidad.

2.3.2. Contratos aleatorios y contratos sujetos a condición

No debe confundirse el concepto de contrato aleatorio con el de aquel sometido a condición; se entiende suspensiva. La característica distintiva del primero radica en que, sobre la base de un negocio vigente, las ventajas o pérdidas que de él dimanar, para una o ambas partes, dependen de un acontecimiento incierto (son inciertas). Por ello, la posibilidad de ganancia o de pérdida, que en rigor implica incertidumbre en cuanto a su acaecimiento en el futuro, hace a la configuración del contrato aleatorio y, por ende, no puede ser eliminada por las partes que deciden celebrar un acto que integra esta categoría.

En el contrato sujeto a condición por su parte, la eventualidad del hecho incierto gravita sobre la existencia misma del vínculo, pudiendo determinar su nacimiento (si es suspensiva) o su resolución (si es resolutoria). Ello, permite advertir que resulta independiente de las ventajas o pérdidas que pudieren emanar de dicho negocio.

En suma, en el aleatorio quedan supeditadas al hecho incierto las ganancias o las pérdidas (en otras palabras, los resultados económicos; es decir, la posibilidad de obtener una mayor o menor ventaja) y no la existencia o inexistencia del contrato o de las obligaciones que de él emergen, como ocurre con la condición.

No obstante, median supuestos en los que puede aparecer una similitud entre el contrato aleatorio y el condicional. Ello sucede cuando el azar depende, no de la extensión de lo que una parte debe abonar o cumplir, sino del deber de hacerlo o no hacerlo; es decir, si hay o no obligación. Puede señalarse, a título ejemplificativo, el caso del contrato de seguro contra incendio. En ese supuesto, la obligación de indemnizar (así como también el *quantum* que deberá abonarse) recién nacerá cuando acaezca el siniestro (hecho futuro e incierto).

A todo ello cabe añadir que el acontecimiento incierto puede constituir una condición de la prestación que debe una de las partes, mientras la otra está obligada incondicionalmente a la suya (supuesto del seguro contra daños y del préstamo a todo riesgo) o una condición recíprocamente inversa de las prestaciones respectivas de ambas partes (como en el juego y la apuesta) o un elemento de determinación, en función del tiempo, de la entidad de la prestación de una de las partes (como en el contrato de renta vitalicia), o también, y al mismo tiempo, un plazo incierto (como es el caso más común del seguro sobre la vida).

Finalmente, cabe señalar que el contrato aleatorio existirá a la vida jurídica a partir del consentimiento o de él y de la entrega de la cosa si fuere real (supuesto del contrato oneroso de renta vitalicia); mas el condicional solo desde que la condición se cumpla.

2.4. Formales y no formales

En primer lugar, para un desarrollo y análisis más completo de esta temática, cabe remitirse al capítulo referido a la forma de los contratos.

Más allá de la materialización requerida —en tanto es preciso que todo acto jurídico presente algún modo de exteriorización de la voluntad del sujeto respecto del objeto y en orden a la consecución del fin jurídico propuesto— (conf. arts. 260 y 262 CCC), los contratos pueden clasificarse en relación a su forma, como: formales y no formales.

Así, se consideran contratos no formales aquellos cuya validez no depende de la observancia de solemnidades específicas establecidas en la ley, sino que basta para considerarlos válidos el acuerdo de voluntades, sea cual fuere su modo de expresión. En suma, rige plenamente el principio de la libertad de formas establecido por el art. 1015 CCC.

La categoría de los contratos no formales tiene incidencia, a su vez, en lo que respecta a la prueba de la existencia del negocio. En efecto, toda vez que, salvo expresas excepciones, sólo los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescrita (art. 1019 CCC), *a contrario sensu*, los que no la tuvieran, podrán ser probados por cualquiera de los medios enumerados en el art. 1020 CCC.

2.4.1. Formales

La mayoría de la doctrina nacional distingue, entre los contratos formales, aquellos en los que la forma es exigida *ad solemnitatem* (absolutos y relativos) y aquellos en los que ella es requerida *ad probationem*. Según nuestro criterio, sin embargo, con sustento en lo dispuesto en el art. 969 CCC, los contratos formales admiten la siguiente clasificación:

- a) Solemnes (de forma constitutiva, visceral, sustantiva o *ad solemnitatem*) pudiendo dicha solemnidad, a su vez, ser legal (por ej. el art. 1552 CCC) o convencional (art. 284 *in fine* CCC);
- b) Relativos (supuestos de los arts. 285 y 1018 CCC), en cuyo caso su omisión no impide la existencia del contrato sino que obligará al cumplimiento de la formalidad establecida;
- c) Meramente probatorios (o *ad probationem*) y establecida a efectos de su comprobación (por ej. el art. 1579 del CCC) y
- d) Informativos (o *ad luciditatem*); es decir, aquellos en los que debe cumplirse con los recaudos que imponen los arts. 985 para los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales; 1100, 1107 y 1111 del CCC, para los contratos de consumo; y la ley de Defensa del Consumidor (arts. 4º y 7º de la ley 24.240 — texto según ley 26.361—) respecto de toda contratación alcanzada por ella.

Brevemente, los primeros son aquellos en los cuales la inobservancia de la forma legal establecida no sólo provoca la nulidad del acto como tal, sino que también lo priva de cualquier otro efecto. Si no existe el elemento propio esencial forma, se entiende que el consentimiento no ha sido prestado, siendo, a su vez, incoercible. Si ella está establecida y no se cumple, aquél no nace, porque la solemnidad integra su sustancia; sin la forma no hay acto (*forma data esse rei*).

Así, se ha dicho que en estos contratos, la formalidad tiende a proteger a las partes, llamando la atención sobre la importancia del acto que realizan, al tiempo que subsidiariamente protege la seguridad de terceros (MESSINEO).

Dicha formalidad, cabe aclarar, puede encontrarse establecida legal o convencionalmente; esto último, aunque la ley no lo establezca expresamente, acontece cuando la forma es voluntariamente solemnizada por las partes. Es que, de esta manera, se respetan los principios de autonomía de la voluntad (art. 958 CCC) y de libertad de formas (art. 1015 CCC). Finalmente, el art. 284 CCC *in fine* sí contempla que las partes puedan convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

En resumidas cuentas, convenida una forma *ad solemnitatem*, el contrato no quedará concluido como tal, ni prestado el consentimiento, hasta que las partes cumplan con la forma que convinieron imponerse.

Se admite, por otra parte, la existencia de los denominados contratos formales relativos. Si bien en este caso, al igual que en el supuesto anterior, la forma no hace a la validez del contrato, sí hace a la producción de sus efectos (a diferencia de los primeros); prueba de lo apuntado es que resulta coaccionable por la vía judicial la escrituración en caso de que una de las partes se negase a otorgarla. En efecto, la omisión de cumplimiento de la forma exigida opera únicamente sobre la producción de los efectos, pero no incide sobre la validez del contrato.

En esa dirección, cabe recordar en cuanto al art. 1017 CCC, que exige la forma de escritura pública, que se entiende que los contratos que dicha disposición enumera no son nulos por incumplimiento de la forma que legal, sino que, si debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública (art. 1018 CCC). Es decir que las partes, e incluso un tercero, en función de esa obligación de hacer que pesa sobre ambas, pueden exigir el cumplimiento de la forma, produciéndose entonces la conversión del acto que no ha llegado a producir sus efectos propios por ausencia de la formalidad prevista.

Es que, la escritura pública como forma no representa el consentimiento de las partes. El otorgamiento o cumplimiento de la formalidad requerida constituye, en realidad, una obligación más a su cargo y no precisamente personalísima puesto que, ante la negativa de una de ellas puede obtenerse judicialmente, incluso mediante la intervención de un tercero (arts. 1018 CCC y 512 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Concluimos pues que esta categoría —ubicada en un punto intermedio entre la división clásica (contratos formales *ad solemnitatem* y *ad probationem*), con autonomía y previsión legislativa propias (arts. 969 y 1018 CCC)—, no afecta la validez de los contratos aún ante la ausencia de la forma requerida; y, al mismo tiempo, el efecto particular "como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad", derivándose de ello la posibilidad de solicitar judicialmente la ejecución de esa obligación de hacer.

Los contratos formales probatorios o *ad probationem* son aquellos en que la forma es simplemente un requisito de prueba. La validez del contrato no está en juego, sino sólo su acreditación.

Es decir que, si no se observa la forma prevista, el acto no será nulo. El cumplimiento del recaudo exigido por la ley sólo está previsto a los fines de acreditar la existencia del acto.

Por último, sostenemos la existencia de la forma informativa (*ad luciditatem*) que se caracteriza en el deber de información que debe darse en una contratación de consumo.

En efecto, en el ámbito del derecho del consumo, existe la denominada forma *ad luciditatem* o informativa, cuyo fin es garantizar al contratante más débil que llegará a sus manos la información suficiente sobre una serie de extremos del contrato que celebra (DÍAZ ALABART). Dichos extremos, que se concretan imperativamente en la regulación de cada contrato particular, tienen una recepción general, en nuestro ordenamiento, en el art. 10 de la ley de Defensa del Consumidor.

Es que, esa información permite al consumidor, entre otras cosas, contrastar las condiciones de su contrato con las que le ofrecen en el mercado otros comerciantes para similares productos o servicios; otorgar un consentimiento lúcido, al saber con exactitud a qué se obliga y cuál es la contrapartida que obtiene;

reequilibrar su posición contractual por medio del conocimiento de las disposiciones legales destinadas a protegerlo, etc.

2.5. Nominados e innominados

El art. 970 CCC incorpora otra clasificación, cuyo origen se remonta al Derecho Romano: contratos nominados e innominados, que en la moderna terminología, no seguida expresamente por el CCC, se denominan típicos y atípicos. De acuerdo a dicha disposición, los contratos son nominados o innominados, según que la ley los regule especialmente o no.

Un contrato innominado es tal porque no encaja en ninguno de los tipos contractuales contemplados por la ley (ej.: locación, permuta, compraventa) y no porque no disponga de denominación.

De este modo, un contrato es típico cuando tiene una regulación expresa, completa y unitaria en la ley. Expresa, por cuanto no sólo será típico cuando tenga una regulación propia, directa, sino también cuando la tenga por remisión (ej.: en cuanto a la cesión gratuita, el CCC remite a la regulación del contrato de donación); completa, dado que no basta que uno o alguno de los elementos de un contrato encajen en uno o en más de una figura típica para considerarlo tal, sino que para ello la regulación del primero debe ser autosuficiente, sin tomar elementos de varios contratos; unitaria, puesto que todos los elementos de un contrato típico deberán estar comprendidos por una sola figura.

Frente a un contrato que suponemos atípico, será necesario desentrañar su esencia, sus elementos y, muy especialmente, su finalidad (en su faz objetiva, es decir, aquélla que se repite en todos los contratos de la misma naturaleza).

Asimismo, resulta de particular relevancia determinar, ante la falta de regulación que lo caracteriza, qué normas le son aplicables; en esa dirección, el art. 970 CCC, segunda parte, establece que los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y adecuan a su finalidad.

En definitiva, el tema en los contratos atípicos será un problema de desentrañar la voluntad presunta de las partes en aquello que no previeron expresamente, por lo que en definitiva será nada más ni nada menos que una cuestión de interpretación contractual.

CAPÍTULO IV - FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. CON LA COLABORACIÓN DE GERALDINE DRESDNER

1. CONSENTIMIENTO, OFERTA Y ACEPTACIÓN

1.1. El consentimiento

1.1.1. Concepto

El consentimiento de las partes (del latín *consensus*, de *cum* y *sentire*) constituye la esencia misma del contrato, ya que por definición el "Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (art. 957 CCC).

El consentimiento representa el concurso o la unión de las voluntades de dos o más partes sobre el contenido del contrato.

Ratifica lo expuesto la norma del art. 971 CCC que establece que: "Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo".

Este "acuerdo", requiere algo más que el intercambio de las diferentes manifestaciones de la voluntad, requiere la integración recíproca de aquéllas en una resultante única, en un negocio común o unitario. Pues, si bien la voluntad de cada una de ellas es un acto unilateral, el consentimiento no es la unión de dos negocios unilaterales sino un *quid* complejo (SALVAT).

En este sentido, LÓPEZ DE ZAVALÍA propone realizar una doble suma: del lado interno (voluntad) y el lado externo (exteriorización) y, luego, las voluntades (interna y externa) de todos los contratantes, posición esta que adoptamos.

El consentimiento así definido está formado por dos voluntades jurídicamente válidas.

Para ello, de conformidad con la Teoría General de los actos voluntarios, resultan necesarios: a) requisitos internos (discernimiento, intención y libertad) —ver la teoría general de los vicios de la voluntad de los actos jurídicos (arts. 265 a 278 CCC)—; b) exteriorización de esa voluntad (manifestación en virtud de la cual la voluntad salga de la esfera de su autor: art. 260 CCC): puede producirse por hechos materiales o declaraciones, de conformidad con las reglas establecidas por la ley (arts. 262 a 264 CCC).

1.1.2. Manifestación del consentimiento

El consentimiento puede ser expreso o tácito.

Será expreso cuando se manifiesta oralmente, por escrito o por signos inequívocos, debiéndose incluir entre los mismos al exteriorizado electrónicamente.

Es tácito, conforme al art. 264 CCC, cuando resulta de los actos por los cuales se lo pueda conocer con certidumbre, aunque carece de eficacia en los casos en que la ley o la convención exigen una manifestación expresa de la voluntad.

En definitiva, se tratará de una cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial en cada caso concreto.

El silencio, por su parte, puede implicar —excepcionalmente (art. 263 CCC)— manifestación expresa (significación previa atribuida por la ley o por convención de partes o por los usos y prácticas) o tácita (según las circunstancias, es decir, de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes).

1.1.3. Voluntad real y declarada

Si bien la exteriorización de la voluntad suele responder a la real voluntad de la parte, puede que la declaración no coincida con lo realmente querido. Ante esta última circunstancia, se plantea el problema de determinar si conviene atenerse a lo que en realidad quiso, o a lo que manifestó.

La cuestión reviste interés no sólo en cuanto a los contratantes, sino también frente a terceros que pudieran haber realizado negocios jurídicos tomando en consideración la voluntad declarada (OVSEJEVICH).

Teoría subjetiva o de la voluntad interna o real: sostiene que debe estarse a lo verdaderamente querido por la parte y no a lo declarado; en materia contractual, consiste en tomar la intención común de las partes contratantes.

Teoría objetiva o de la voluntad declarada: debe prevalecer lo manifestado sobre lo querido. Se fundamenta en la protección de la seguridad y del crédito, se busca no perjudicar la confianza de terceros.

Niega que la voluntad interna, por sí misma, tenga efectividad jurídica; el Derecho debe atenerse al fenómeno exterior, que es la declaración y no el acto voluntario interno, imposible de conocer y de valorar hasta que no se exteriorice (FERREYRA).

Teoría armónica o mixta: sostiene, como regla general, que debe prevalecer la voluntad interna, real y efectiva de las partes; pero que, excepcionalmente, debe considerarse la declaración externa en dos casos: a) cuando la divergencia es imputable a culpa de quien emite la declaración; se justifica en la responsabilidad por la malicia o negligencia en el comportamiento; b) cuando la parte destinataria de la declaración haya procedido de buena fe y lo exija la seguridad del comercio, tratándose de negocios onerosos; predomina el criterio de proteger la confianza en la apariencia, de manera que no resulte menoscabada la buena fe y la seguridad jurídica en general. Alguna doctrina expone estos supuestos se excepción como teorías autónomas y las denomina "*De la responsabilidad*" y "*De la confianza*" respectivamente.

En nuestro Derecho ambas teorías tienen sus aplicaciones: adopta el de la voluntad real, por ejemplo, en el derecho sucesorio, en materia de matrimonio, en la simulación lícita; en cambio, se atiende a la voluntad declarada en caso de simulación ilícita y en el supuesto del heredero aparente.

En forma general, encontramos la norma del art. 961 CCC: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor". Esta disposición señala un criterio objetivo, tanto como el art. 1067: "La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente..."; pero, por otro lado, el art. 1061 determina: "El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes", consagrando aquí el sistema subjetivo.

Finalmente, cabe tener en cuenta para evaluar la declaración de voluntad, las normas referidas a los vicios de los actos jurídicos: art. 332 CCC (lesión); arts. 333 a 337 CCC (simulación); y arts. 338 a 342 CCC (fraude).

En materia contractual, esas dos voluntades cuya confluencia conforma el consentimiento, son denominadas oferta y aceptación, de manera que puede decirse que hay consentimiento cuando la propuesta es aceptada. Ambas son manifestaciones de voluntad unilateral (emanan de una sola parte) pero recepticias (dirigidas a la otra parte). Son también conocidas como extremos del consentimiento.

1.2. Los términos del consentimiento

1.2.1. La Oferta: concepto y naturaleza jurídica. Requisitos. Invitación a ofertar. Fuerza obligatoria. Retracción de la oferta. Caducidad de la oferta

Cuando una persona desea celebrar un contrato, inicia las negociaciones mediante ofertas o propuestas que ella dirige a aquél o aquéllos con quienes quiere contratar. Es indiferente que la propuesta emane de cualquiera de las partes que en definitiva celebren el acuerdo, pero es indispensable la aceptación de la otra para que éste exista.

Nosotros definimos la oferta como la declaración de voluntad, unilateral y recepticia dirigida al probable aceptante a los efectos de hacer nacer o surgir el acto jurídico bilateral que, si tiene contenido patrimonial, será contrato. Quien realiza la oferta se llama ofertante, proponente u oferente, denominándose aceptante la persona a quien va dirigida la misma.

Conforme al art. 972 CCC, para que haya promesa, ésta debe reunir los siguientes requisitos: a) ser a persona determinada o determinable, b) con la intención de obligarse y c) con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.

a) *Dirección de la oferta.* El primer requisito plantea un problema con relación a qué debe entenderse por persona determinable y en qué momento.

La determinación debe existir al momento en que la persona queda definitivamente ligada por medio de la aceptación y siempre que la oferta no haya sido revocada, o se hubiese producido su caducidad.

Como explica SALVAT, puede ocurrir que la persona o personas queden provisionalmente indeterminadas, como sucede en los casos de mercaderías que un comerciante ofrece en venta; la indeterminación es aquí provisional y dura sólo mientras se prepara el contrato.

Por ello, nosotros deducimos que —en principio— el art. 972 CCC niega eficacia jurídica a las promesas hechas al público mediante circulares, prospectos, anuncios públicos periodísticos, promesa indiscriminada de venta de artículos, sin perjuicio de lo establecido en el Título III — Contratos de consumo Capítulo 2 — Formación del consentimiento Sección 2ª Información y publicidad dirigida a los consumidores, especialmente la norma del art. 1103 CCC que dispone: "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente".

En definitiva, en los contratos paritarios las ofertas indeterminadas son simples invitaciones a ofertar, "excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos" (art. 973 CCC).

Ahora bien, cuando la ley admite la validez de las ofertas hechas a personas indeterminadas, al público en general o a grupos de personas, cuando ellas reúnen los restantes requisitos de la oferta, lo hace como un modo de proteger la buena fe del público (MOSSET ITURRASPE). La fuerza de los hechos económicos, la contratación en masa, hace que no se pueda prescindir de la formación del consentimiento a través de condiciones generales (ej.: casos de contratación por medio de aparatos automáticos, el tráfico de ventanillas

e incluso la exposición de mercadería en vidrieras con indicación de precio) que explicaremos en el acápite pertinente.

LORENZETTI alude a "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza" en sistemas expertos, habla de una modificación de la carga de autoinformación y de una imputación de responsabilidad basada en la apariencia (responsabilidad por productos, obligación de garantía) por aplicación de la teoría de la voluntad declarada por sobre la real.

Por su parte, la Convención de Viena de 1980 para la Compraventa Internacional de Mercaderías ([ley 22.765](#)), en su art. 14.2 dispone que: "Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario". Queda en ese ámbito entonces estatuida una opción en cabeza del proponente.

Una consecuencia de la necesidad de determinación de la oferta es la exigencia legal que la persona a quien ella se dirige exista. Tanto es así que la muerte de la misma, que implica el cese de su existencia física trae como consecuencia la caducidad de la oferta (art. 976 CCC). Asimismo, el principio que con carácter general exponemos está explicitado para el contrato de donación, al disponer que no puede hacerse a persona que no exista (conf. arts. 1545 y 1546 CCC).

Retomando la invitación a oír ofertas, cabe señalar que es común que quien tiene el propósito de realizar un contrato, formule a otra persona una oferta con los alcances y las modalidades que hemos venido observando.

Pero puede ocurrir que el que debía ser oferente prefiera saber el alcance de las propuestas que le serían dirigidas, cuando los terceros se enterasen de su voluntad de oír ofertas y, en ese caso, que manifieste que está dispuesto a escuchar propuestas de todos aquellos que tengan interés en contratar con él.

La invitación de oír propuestas no crea, en principio, ninguna obligación para quien lo hace. Por ejemplo, los carteles de "se alquila", "se vende", "se permuta", solo sirven para que los interesados demuestren su interés y la posibilidad de celebrar un contrato, debiendo ellos formular la correspondiente oferta y convirtiéndose en consecuencia en simples oferentes, que deben esperar la aceptación de la otra parte.

Finalmente, subrayamos que la ley establece la obligatoriedad de la promesa pública de recompensa y aporta una regulación especial en los arts. 1803 a 1806 CCC, a los cuales remitimos. Se trata, en estos casos, de la obligación jurídicamente exigible que engendra esa declaración unilateral de voluntad prevista por la ley (art. 1800 CCC).

De igual manera, son válidas y obligan a quien unilateralmente declaró su voluntad en tal sentido, las promesas de pago (art. 1801 CCC) y las cartas de crédito (art. 1802 CCC), así como la promesa de recompensa al vencedor de un concurso público (arts. 1807 a 1809 CCC), las garantías unilaterales (arts. 1810 a 1814 CCC) y los títulos valores (arts. 1815 y ss.).

b) *La "intención de obligarse"*: la oferta requiere de la *intentio iuris* o elemento subjetivo que consiste en la intención seria de concluir y obligarse en el negocio jurídico de que se trata. En consecuencia, no hay oferta cuando se formula con ánimo de broma o con el fin de poner un ejemplo.

Así, cabe tener en cuenta que el actuar de las partes debe tener un sentido normativo, persiguiéndose a través del contrato una finalidad jurídica consistente en crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957 y su concordante 259 CCC).

c) *Contenido*. La oferta debe especificar concretamente cuál es el acuerdo que se quiere celebrar, o surgir de sus términos la naturaleza de aquél.

Debe contener los elementos esenciales del contrato que tiende a celebrar.

Este requisito concierne a la precisión y autosuficiencia de la oferta, que debe formularse de modo tal que baste el mero asentimiento del destinatario para que el contrato quede perfeccionado.

Sin embargo, dicha exigencia debe ser entendida con amplitud para permitir que, aun faltando aspectos marginales del negocio jurídico propuesto o estando indeterminada subjetivamente la persona destinataria, se considere que se está frente a supuestos válidos de ofertas vinculantes.

En definitiva, la oferta debe referirse a un contrato en particular y tener los elementos esenciales del negocio que se pretende celebrar (aquellos que no pueden faltar en el contrato que se pretende realizar) y todos los otros que el oferente considere de importancia para la formación del contrato (determinantes para él). No es necesario que contenga los elementos naturales pues a falta de estipulación especial de las partes, la ley prevé su integración (conf. art. 982 CCC).

Fuerza vinculante, plazo y autonomía de la oferta. En esta instancia, nos ocuparemos del aspecto temporal de la oferta y de la posibilidad de que la misma sea retractada o caduque, estableciendo las implicancias prácticas de esas situaciones.

Nos referimos a la duración de la oferta aludiendo a su tiempo de vida, durante el cual la falta de aceptación no será considerada un rechazo. En principio, rige el plazo que el mismo oferente fije para la aceptación.

Veamos las reglas de vigencia para los casos en que no hay plazo fijado en la misma propuesta (art. 974 CCC):

a) Oferta a persona presente o por medio de comunicación instantánea: se entiende rechazada si no se acepta inmediatamente;

b) Oferta a persona que no está presente: la oferta rige durante un plazo razonable, aquel "en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación" (art. 974 CCC, tercer párrafo).

Como puede observarse, en los casos de formación del consentimiento entre ausentes, el proponente está obligado a mantener la oferta por el plazo determinado o, en su defecto, por un plazo razonable, cuestión esta que en última instancia dependerá de la interpretación judicial (ver art. 871-d CCC referido a las obligaciones de plazo indeterminado).

Podemos enunciar, entonces, el principio de obligatoriedad o irrevocabilidad de la oferta.

El fundamento de la necesidad del mantenimiento de la oferta por un tiempo razonable es nuevamente la protección de la buena fe, atribuyendo responsabilidad a quien procede a la ruptura intempestiva (aspecto que consideraremos más adelante junto con las tratativas contractuales).

Por excepción, la oferta dirigida a una persona determinada será revocable cuando ello resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso (art. 974 CCC). En tales supuestos, la oferta puede ser retractada "si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta" (art. 975 CCC).

¿Qué ocurre si el oferente retracta la oferta pendiente el término por el que se encuentra obligado a mantenerla? El contrato se ha perfeccionado, la declaración es irrelevante y por lo tanto el aceptante tiene la facultad de exigir el cumplimiento o resolver el contrato reclamando los daños y perjuicios (responsabilidad contractual) pues resulta inoponible al aceptante la declaración del oferente.

Por su parte, dispone el art. 976 CCC que la oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar antes de haber recibido la aceptación. Estamos ante los supuestos de caducidad de la propuesta.

En cuanto a sus efectos, la caducidad opera de pleno derecho.

Además de lo dispuesto por la norma citada, si la oferta lleva un plazo convencional de duración, vencido éste, queda la misma sin efecto.

Cabe aclarar que: "Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente" (art. 974 CCC, último párrafo).

Finalmente, la oferta queda sin efecto cuando no es aceptada lisa y llanamente por el destinatario, a excepción del supuesto previsto en el art. 978 CCC, *in fine*.

Existe una diferencia entre los casos de retractación y de caducidad: la primera extingue la oferta mientras su destinatario no la haya recibido; la muerte o incapacidad operan con eficacia aniquilativa aún después, esto es, mientras el proponente no haya tenido conocimiento de la aceptación.

Caso del contrato plurilateral: si una o ambas partes del contrato que se pretende celebrar está integrada por más de una persona o si se tiene en mira un acuerdo entre varias partes, la ley dispone que se requiere unanimidad para la formación del consentimiento, esto es, debe integrarse con la voluntad de todos los interesados. Hasta aquí la regla general.

Luego, el art. 977 CCC establece las excepciones: que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido. Por ejemplo, deberían tomarse en cuenta las reglas de *quorum* y mayorías previstas en materia de sociedades (ver [ley 19.550](#) —t.o. 1984— con las modificaciones del anexo II de la [ley 26.994](#)), así como lo establecido en la teoría general de la representación (ver arts. 362 y ss. del CCC).

1.2.2. La aceptación: concepto y naturaleza jurídica. Requisitos. Modificación de la oferta. Efectos

La aceptación es un acto jurídico unilateral constituido por una expresión de voluntad que está dirigida al oferente y que cuando resulta congruente y afirmativa, es idónea para la celebración del contrato.

La aceptación marca el momento de la celebración del contrato, fija y determina una relación de derecho, siempre que esté en perfecta armonía conforme a lo dispuesto en la propuesta recibida.

En cuanto a los modos de aceptación, "Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes" (art. 979 CCC).

Cabe precisar que la libertad de formas para manifestar la aceptación puede ser limitada por el oferente, quien —con la finalidad de asegurar la existencia del acuerdo— está facultado para imponer a la aceptación determinadas modalidades: que se haga por escrito, carta certificada; es decir, una forma solemne convencional. Así como puede fijar un plazo para la aceptación, de conformidad con el principio de efecto vinculante de la libertad de contratación.

Son *requisitos de la aceptación* los siguientes:

- a) Debe tratarse de una declaración de voluntad dirigida o encaminada a la celebración del contrato.
- b) Debe ser totalmente congruente con la oferta recibida ya que, conforme al art. 978 CCC, cualquier modificación que se hiciere en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato.

Por regla general, entonces, la aceptación debe ser lisa y llana y no podrá contener modificación alguna respecto de la oferta recibida. Sin embargo, la norma establece como excepción que "las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante" (art. 978 CCC *in fine*).

Además de la citada opción del oferente de admitir las modificaciones sugeridas por el aceptante, el art. 982 CCC estatuye un sistema de acuerdos parciales con más razón para aquellos casos de contratos de indudable complejidad que requieren una formación progresiva del consentimiento. De esta manera, permite tener por concluido el contrato, a pesar de que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre todo el contenido; es suficiente que haya acuerdo sobre los elementos esenciales particulares del contrato (ej.: cosa y precio en una compraventa) y las lagunas que puedan existir serán integradas por el juez con las normas indisponibles, las supletorias y los usos y práctica del lugar de celebración (arts. 960 y 964 CCC).

Para la teoría alemana de la *Punktation*, que quiere decir "minutas", "borrador" (es decir, para los casos en que han habido negociaciones que han quedado instrumentadas), estando de acuerdo en la parte esencial, los aspectos marginales pueden ser suplidos por la voluntad del juez o por la interpretación de lo esencial. En definitiva, esta teoría admite la existencia de minutos vinculantes, cuando ha existido acuerdo en los aspectos esenciales del contrato a celebrarse.

En esa dirección, el sistema argentino distingue entre cláusulas esenciales y secundarias para afirmar que hay contrato si hay concordancia sobre las primeras; a falta de conformidad en los puntos secundarios, el juez los establecerá de acuerdo a las reglas de integración del contrato. Pero adviértase que: "No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos" (art. 982 CCC, *in fine*).

A su vez, el Código suizo de las Obligaciones predica (art. 2º): "Si las partes se pusieren de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, el contrato se reputa concluido, aun cuando los puntos secundarios hubieren sido reservados. A falta de conformidad sobre los puntos secundarios, el juez los establece teniendo en cuenta la naturaleza del negocio. Quedan reservadas las disposiciones que rigen la forma de los contratos".

Por último, el derecho anglosajón contempla los "*open contracts*" o contratos abiertos, en los cuales, existiendo acuerdo sobre los extremos fundamentales, los detalles han de ser suplidos descifrando la voluntad implícita o sobreentendida (MOSSET ITURRASPE).

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (ley 22.765), en su art. 19, establece como principio general que: "La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta". A continuación encontramos la excepción: "No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o distintos que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no ser así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación". Esta última parte es inversa a la de nuestro 978 CCC: para la Convención de Viena, las modificaciones serán tenidas como contenidas en la oferta, salvo que el oferente manifieste lo contrario; para nuestra ley, no se admiten las modificaciones, salvo que el oferente decida inmediatamente incorporarlas a su oferta. Es más, "En la duda, el contrato se tiene por no concluido" (v. art. 982 CCC).

c) Además, la aceptación para su validez supone la existencia de una oferta subsistente al momento que se produzca la aceptación. Esto es, debe darse oportunamente, o lo que es lo mismo, en tiempo hábil. De acuerdo al art. 971 CCC, la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese recibido por el proponente. Al respecto, cabe tener presente que "se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil" (art. 983 CCC).

A su vez, en caso de que se produjere la caducidad de la oferta y ella hubiera sido aceptada ignorando dicha circunstancia, el aceptante podrá solicitar la reparación correspondiente si, a consecuencia de su aceptación, hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas (art. 976 CCC, segundo párrafo).

Es decir, se trata de una responsabilidad impuesta por la ley a favor de quien confió en la existencia de un contrato concluido (ej.: gastos de transporte para enviar la mercadería encargada) o, si se quiere, de una autorización dada por la ley al aceptante para hacer gastos confiando en la oferta (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

El aceptante no queda vinculado por su manifestación de voluntad: puede retractarla antes de que sea recibida por el oferente o simultáneamente a dicha recepción (art. 981 CCC).

Desde ya que la posibilidad de retractación de la aceptación contemplada por la ley corresponde al consentimiento entre ausentes.

Si el aceptante pretendiera retractar la aceptación cuando ya se ha formado el consentimiento —porque el oferente ha recibido su declaración— su conducta sería inidónea a los fines buscados y, por ende, sin virtualidad alguna. Si con posterioridad se negara a cumplir el contrato incurriría en la pertinente responsabilidad civil.

Del mismo modo, la muerte o incapacidad del aceptante ocurridas con posterioridad a la recepción de la aceptación no extinguen dicha declaración (conf. art. 971 CCC) porque el consentimiento ya se encuentra formado y tiene sus efectos (art. 959 de la misma legislación).

1.3. Contrato por representante. Doble representación y autocontratación: casos

La noción de contrato excluye la posibilidad de que una sola persona o parte celebre un contrato consigo mismo, porque esta hipótesis choca con la concepción del contrato como negocio jurídico bilateral.

Pero sabemos que existe la figura de la representación, cuando el sujeto de la declaración de voluntad realiza un negocio jurídico en nombre de otro (sujeto del interés), de modo que el negocio se considera como celebrado directamente por este último, que resulta ser el titular de los derechos y de las obligaciones emergentes del acto celebrado; dicho de otro modo, una persona, en virtud de una ley o por voluntad de otra persona que le otorga poder, actúa en nombre de esa otra persona realizando actos jurídicos y comprometiendo a quien representa (FONTANARROSA).

Tenemos representación necesaria, cuando surge de la ley —la de los padres, curadores, tutores— y representación voluntaria, cuando dicha representación es consecuencia de la voluntad de la persona que quiere hacerse representar.

Ahora veamos:

a) Cuando una persona celebra directa y personalmente un contrato con otra a quien aquella misma representa (contrato entre representante y representado) el representante es el sujeto único de las dos manifestaciones, pero no parte única del negocio;

b) Cuando una persona celebra por sí misma un contrato en nombre de dos o más sujetos cuyos intereses en contraste están representados por ella misma (contrato entre dos o más partes por medio de un representante común) éste será igualmente el sujeto de las manifestaciones de voluntad de todas las partes, consideradas como centros de intereses distintos.

En ambos supuestos estaremos frente a lo que la doctrina ha denominado autocontrato, porque el contrato lo celebra una sola persona; es, dicen, como si esa persona celebrase el contrato consigo misma.

Al respecto, el art. 368 CCC establece: "Nadie puede, en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado. Tampoco puede el representante, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión".

Cuando la representación es obligatoria o necesaria, la ley generalmente establece la prohibición que considera adecuada (ej.: prohíbe que el padre pueda celebrar contratos con el hijo menor de edad sobre quien ejerce la responsabilidad parental —v. art. 689 CCC—; el art. 271 de la ley 19.550 prohíbe a los directores de sociedades anónimas contratar con la sociedad que administran, salvo que cumplan con determinadas condiciones y requisitos).

Cabe aclarar que en el autocontrato no existe falta de consentimiento cuando la representación es voluntaria porque, si bien físicamente tenemos una persona, la voluntad que se une es la de dos partes diferentes (ej.: la del mandante que quiere vender y mandatario que quiere comprar, o viceversa). Es decir, no se trata de una única voluntad, por lo que la ley dispone que puede ser válida la contratación, siempre y cuando el representante cuente con la autorización especial para actuar de ese modo, en los términos del art. 368 citado.

En cuanto al contrato que se lleva a cabo por agente o nuncio, no existe allí representación, quien declara la voluntad lo hace a nombre propio. Tan es así que el art. 1023 inc. c) considera parte del contrato a quien "manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación".

1.4. Formación del contrato entre presentes y entre ausentes

1. Cuando el consentimiento se manifiesta por *declaraciones* —podría hacerse por *hechos* (v. arts. 971 y 979 CCC)— lo relevante para el campo jurídico —en el campo de los contratos paritarios (pues otro es el régimen para los contratos de consumo)— no es la proximidad o la distancia física entre las partes sino la posibilidad de intercambiarse oferta y aceptación en forma inmediata. De allí que el contrato celebrado por teléfono puede considerarse entre presentes.

Resulta claro que la oferta o propuesta hecha verbalmente, no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente —la ley dice que la aceptación perfecciona el contrato entre presentes "cuando es manifestada" (art. 980 CCC)—.

En definitiva, ello implica que entre la oferta y la aceptación no haya mediado sino el plazo lógico y razonable para que se decida el aceptante, para que éste pueda pensar la oferta.

En el supuesto del consentimiento entre ausentes es importante determinar el lugar en que se celebra el contrato, para conocer la competencia de los jueces y la ley que va a regir la relación contractual.

Entre presentes, parece difícil que, habiendo presencia física, pueda darse la discordancia del lugar; sin embargo, se podrá celebrar un acuerdo con alguien que se encuentra en otra jurisdicción por medio telefónico o electrónico.

El tema pertenece al Derecho Privado Internacional y ha sido regulado en el Tratado de Montevideo de 1940, así como por el Libro VI (Disposiciones comunes a los derechos personales y reales) Título IV (Disposiciones de derecho internacional privado) Secciones 10^a, 11^a y 12^a.

2. Entre personas ausentes existirá un lapso entre la emisión y la recepción, lo que hace necesario establecer el momento de la formación del contrato.

El interés práctico reside en el número de cuestiones que se suceden en el lapso transcurrido entre la oferta y la aceptación (la eventual frustración del negocio; los ya estudiados problemas de la retractación y caducidad de las declaraciones de voluntad, a lo que se agrega cuanto hace a la capacidad de las partes), así como por las consecuencias inmediatas que advienen al quedar concluido el contrato e iniciarse el período de su ejecución (ley que rige la contratación, plazos de cumplimiento, términos de prescripción, etc.) (FERREYRA).

Al respecto, se han formulado las siguientes teorías:

a) *Teoría de la Declaración o Agnición*: el contrato quedaría concluido con la sola exteriorización por parte del aceptante, de su voluntad de aceptar. Este criterio ha sido receptado por el Código de Comercio de Chile.

Se cuestiona la teoría por el grado de incertidumbre que existiría para el oferente acerca de la realización o no del negocio desde que se convalida un consentimiento que no trasciende el fuero íntimo del aceptante, y donde la prueba efectiva del acuerdo queda a su merced.

b) *Teoría del Conocimiento o de la Información o Cognición*: exige para tener por formado el contrato, que el oferente tenga conocimiento efectivo de la aceptación. El sistema ha sido recepcionado por el Código Civil italiano de 1942, el español, el venezolano, uruguayo, entre otros.

Se cuestiona la teoría por la dificultad material de saber exactamente en qué momento el oferente tomó conocimiento de la aceptación de la contraria.

c) *Teoría de la Emisión, Expedición, Remisión o Envío*: el consentimiento se forma cuando el aceptante remite al oferente la declaración de aceptación; es decir, el momento de perfeccionamiento del contrato estaría dado por el momento preciso en que el aceptante se desprende de su aceptación por medio del envío de su exteriorización de voluntad.

Este sistema es el que había adoptado, como solución general, VÉLEZ SANSFIELD en el art. 1154 del Código Civil derogado.

d) *Teoría de la Recepción*: el momento de formación del contrato es aquel en que la aceptación llega a destino, o sea, a poder del oferente. Es el sistema adoptado por FREITAS, en el art. 1841. Es el aplicado por el Código suizo de las Obligaciones y por el art. 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena 1980 ([ley 22.765](#)).

Claramente, nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado el momento de la recepción de la aceptación por el oferente para considerar que se ha celebrado el acuerdo (conf. arts. 980, 983 y 971 CCC).

e) También, se han propuesto *criterios mixtos*, que LÓPEZ DE ZAVALÍA resume de la siguiente manera: A) Los que exigen para la perfección que haya mediado el conocimiento, pero con efectos retroactivos a la fecha de la expedición (SALVAT); B) Los que parten de un sistema, pero con atenuaciones a favor de otro como era en nuestro Código Civil ([ley 340](#)); C) Los de quienes distinguen según se trate de la perfección respecto del aceptante, o respecto del proponente (WINDSCHEID).

1.5. Modos actuales de manifestación del consentimiento: teléfono, télex, fax, medios electrónicos

Según lo dispuesto en el art. 980-a) CCC la aceptación perfecciona el contrato entre presentes cuando es manifestada, por lo cual son de celebración instantánea los contratos paritarios en los cuales la propuesta es oral, aquellos hechos por teléfono, teletipo o télex, o fax cuando son los mismos contratantes los que manejan los aparatos o están respectivamente presentes al lado de quienes lo hacen, lo cual no excluye que, si se da el caso de conflicto de leyes, el contrato sea considerado "entre ausentes" (ALTERINI).

Las llamadas "relaciones contractuales de hecho" constituyen un modo especial de formación del contrato, una manera particular de manifestar la voluntad contractual (ALTERINI): hay conductas no declarativas de ambas partes, o de una de ellas, al tiempo de la formación del contrato, como en el caso en que alguien asciende a un vehículo de transporte, el de las máquinas expendedoras automáticas, y en el llamado "tráfico de ventanillas", que se da claramente en la adquisición del billete de acceso a un espectáculo.

Asimismo, la informática se presenta hoy como un medio alternativo para la celebración de contratos que nos brinda la nueva tecnología.

Allí, corresponde hacer una distinción para el supuesto de comunicación inmediata y no interactiva en cuanto a la forma y al momento de conclusión del contrato:

Entre presentes, las partes se comunican en forma inmediata cuando se encuentran en la red y deciden la celebración de un contrato, sea con un micrófono —con o sin cámara de video, por ejemplo—, sea con declaraciones de voluntad que se expresan mediante el tipeo —"chat"—, asimilables a las comunicaciones telefónicas. Se comunican en forma automática cuando intervienen computadoras previamente programadas algorítmicamente (vgr.: una empresa recibe órdenes de compra a través de su sitio *web*). Resulta asimilable al caso de las máquinas de expendio ya estudiado.

Se trata de contratos entre presentes en cuanto existe un diálogo espontáneo. Se envía una propuesta contractual y su aceptación inmediata perfecciona el contrato (art. 980-a CCC).

Entre ausentes, las partes no intercambian sus declaraciones sin que medie un espacio de tiempo considerable, y ello ocurre cuando una persona envía por *e-mail* una propuesta de contrato; en este caso, no se espera que el destinatario conozca el contenido de la oferta inmediatamente y se entiende que tardará en enviar la aceptación.

Cabe aclarar que la declaración de voluntad es atribuible al sujeto que emitió el mensaje y no al dueño o titular de la computadora.

Como sabemos, entre ausentes, la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que se hubiere recibido por proponente (art. 980-b CCC): en los casos de contratos celebrados por computadora, aquello se concreta en el momento de recepción del e-mail o comunicación equivalente.

En las comunicaciones de interacción inmediata, dada la rapidez en la transmisión y la presencia del otro sujeto al otro lado de la línea, se hace imposible retractar la aceptación en tiempo útil, es decir, antes o simultáneamente a que sea recibida por el oferente, como exige el art. 981 CCC.

En las comunicaciones de interacción no inmediata, la aceptación puede ser retractada antes o en simultáneo a ser recibida por el proponente, sea por teléfono, vía fax o utilizando un servidor más veloz que permita la llegada de la retractación antes que la aceptación haya sido decodificada por el oferente.

Por su parte, es posible que la voluntad manifestada por medios electrónicos se encuentre viciada. Estaremos frente a una cuestión de hecho que deberá ser apreciada judicialmente y que no escapa a la teoría general de los vicios de la voluntad.

Por último, Internet aparece actualmente como el medio por excelencia para realizar ofertas al público, lo cual torna aplicables en la materia las normas contenidas en el Título III CCC referidas a los contratos de consumo si quien contrata es un consumidor o puede ser equiparado a tal en los términos del art. 1092 y lo hace sobre uno de los objetos previstos en el art. 1093 con un proveedor de bienes o servicios caracterizados en esa norma.

En ese ámbito protectorio de las relaciones de consumo, se encuentra prevista como modalidad especial —en lo que aquí interesa— la de los "contratos celebrados a distancia", es decir, "aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa" (art. 1105 CCC).

En estos casos, la ley establece para el proveedor los siguientes deberes: 1) el de informar: a) el contenido mínimo del contrato; b) la facultad de revocar, con los requisitos dispuestos en el art. 1111 CCC; c) todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo y para tener en claro quién asume esos riesgos (art. 1107 CCC). 2) El de fijar un plazo de vigencia de la oferta o, en su defecto, mantenerla durante todo el tiempo que permanezca accesible al destinatario. 3) Confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación (art. 1108 CCC).

Asimismo, el art. 1109 CCC fija como lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación; y establece dicho lugar como jurisdicción improrrogable para los conflictos derivados del contrato.

Por su parte, el art. 1110 CCC atribuye al consumidor el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los 10 días computados a partir de la celebración del contrato o de la entrega del bien, si la aceptación fuere posterior a esta última.

2. CONTRATOS CELEBRADOS POR ADHESIÓN A CLÁUSULAS GENERALES PREDISPUESTAS

Ubicamos a los contratos por adhesión dentro de las modalidades de contratar, en el sentido de maneras de prestarse el consentimiento.

Como sabemos, todas las variables son admitidas al amparo del principio de la fuerza jurídica de la autonomía de la voluntad, consagrado por los arts. 958 y 959 CCC, sin perjuicio de su respaldo constitucional, a través no sólo del preámbulo, sino de los arts. 19, 14, 17, 28 y 33CN.

El contrato tradicional se efectúa mediante el acuerdo negociado, donde se advierte una oferta y su aceptación, donde se negocia detalladamente y sobre un contrato concreto.

La circulación de bienes y servicios producidos en serie supera el molde contractual de las negociaciones preparatorias del acuerdo, oportunidad en que las partes pesan, discuten y establecen las cláusulas y condiciones, en pie de igualdad. La contratación en masa requiere otro ritmo. La empresa, a través de criterios fundados en la tecnología y en la organización, requiere óptimas condiciones de funcionamiento en la etapa de comercialización (STIGLITZ), para generar respuesta adecuada al tráfico comercial, fundamentalmente, a las necesidades de la sociedad de consumo ante la intensidad y celeridad de ese tráfico.

Ello determina, como dice GASTALDI, que deba abandonarse en más de un caso el esquema clásico de la formación del consentimiento contractual, dando paso a un acuerdo con diferentes características, en los que aparece habitualmente la preeminencia de una de las partes sobre la otra, por lo que debe restablecerse el equilibrio contractual para supuestos de conflicto.

De allí que la norma general es que, en todos esos casos de preeminencia, la interpretación de las cláusulas contractuales se hace en contra de la parte más fuerte y a favor de la más débil, acudiéndose entonces al principio del *favor debilis*, consagrado como pauta interpretativa por el art. 987 CCC y también por los arts. 1094 y 1095 CCC para los contratos de consumo.

Así, existen contratos discrecionales, en los cuales se dan en plenitud la libertad e igualdad jurídica y económica y contratos por adhesión, en los cuales sólo subsisten la igualdad y la libertad jurídicas. Estas últimas preocupan especialmente, por lo cual la libertad de contratación subsistirá mientras que los conflictos de intereses no trasciendan al derecho imperativo o cuando la fuerza obligatoria del contrato no comprometa el interés general. De no ser así es entonces cuando la libertad contractual cede espacio al orden público económico (STIGLITZ), que implica el control administrativo o jurisdiccional en su caso, tal como lo estudiaremos más adelante.

Se designa contratos por adhesión a aquellos en los cuales una de las partes impone una fórmula de redacción preparada de antemano, que la otra parte deberá aceptar o rechazar, pero que no puede modificar. La ley lo define como "aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción" (art. 984 CCC).

Las cláusulas que lo integran se denominan condiciones generales.

Explica REZZÓNICO, que se trata de cláusulas contractuales preformuladas unilateralmente por el estipulante sin participación de la otra parte, con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, dirigidas al establecimiento y regulación de una pluralidad de relaciones negociales con diversas personas. Generalidad, porque están destinadas a regir los contratos de una cierta serie y no se establecen en relación

a un determinado contratante (ej.: a "todos los que se aseguran en una compañía determinada"), se manifiesta en la imprecisión de sus términos; abstracción, porque se desligan: a) de los objetos, pues las mercaderías o servicios ofrecidos masivamente en el mercado se tipifican y con ello se hacen fungibles, b) de las cualidades personales y necesidades de los interesados; uniformidad, por la repetitividad y la metodividad de las relaciones, con la adopción de sistemas constantes de contratación, que se materializan en el uso de esquemas uniformes (modelos contractuales).

En definitiva, las condiciones generales de contratación (CGC) tienden a integrar mediante cláusulas preestablecidas por un empresario y aplicables a todos los clientes que eventualmente hayan de entrar en relaciones con él, el contenido contractual de cada uno de los negocios singulares que, en concreto, llegue a celebrar.

Las CGC integran el contenido contractual del negocio concretamente celebrado, sólo cuando el eventual co-contratante las acepta explícita o implícitamente (FONTANARROSA). Se trata de la *adhesión* como modalidad en la formación del acto, que no lo desnaturaliza, sino que exige la adecuada protección del contratante que, en determinadas circunstancias, pueda considerarse víctima de una presión excesiva por la parte que redactó las CGC.

Pues, tal es el esquema de fuerzas sobre el que se asienta la posibilidad de las CGC: el poderío económico de quien posee el bien o servicio, frente a la posible debilidad o inferioridad económica o intelectual de quien necesita aquél y como derivación de ello la desigualdad en el poder de negociación.

La razón para justificar su utilización es la simplificación del tráfico negocial: las CGC cumplen una función de orden y pretenden evitar complicaciones en la conclusión y ejecución del negocio, lo que evita posterior litigiosidad.

FONTANARROSA advierte en las CGC importantes ventajas: a) detallan minuciosamente las prestaciones asumidas por las partes, lo que elimina incertidumbres y dudas, ofreciendo mayor seguridad en la interpretación y ejecución de los contratos; b) permiten a la empresa un cálculo más aproximado de sus gastos y costos, facilitándole establecer precios más reducidos en la competencia comercial; c) elimina trámites y etapas precontractuales, simplificando considerablemente el proceso de formación y conclusión de los contratos singulares y favoreciendo la rapidez de los negocios; d) facilitan la concertación de negocios por intermedio de agentes o representantes en lugares diversos y, a veces, muy alejados de la sede de la empresa; e) establecen un nivel igualitario para todos los eventuales contratantes.

Entre sus inconvenientes, menciona el autor citado: a) el predisponente puede utilizarlas CGC para fortalecer su posición contractual y debilitar la de la contraparte, imponiéndole renunciaciones, exoneraciones de responsabilidad, prórrogas de jurisdicción y otras trabas al libre ejercicio de sus acciones; b) las cláusulas equívocas, oscuras, o redactadas maliciosamente en formularios de letra de infimo tamaño, facilita la comisión de abusos y fraudes; c) las CGC pueden ser el resultado de acuerdos o convenios entre las empresas dirigidos a crear monopolios de hecho de todas las empresas de un mismo ramo frente al público en general.

El contrato por adhesión también incluye condiciones particulares, es decir, "aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general", las cuales prevalecen por sobre las generales (art. 986 CCC).

En cuanto a los controles a los cuales deben someterse los contratos que requieren la tutela del adherente a CGC, que constituyen el denominado "orden público de protección", las técnicas más difundidas en los diversos ordenamientos normativos se basan en el control judicial de inclusión (de carácter meramente formal, dirigido a asegurar al adherente la posibilidad de conocimiento del contenido contractual) y de contenido (valoración intrínseca de la legitimidad de las condiciones incorporadas al contrato). Ambos constituyen mecanismos individuales de tutela en el sentido de que actúan frente a un contrato concreto, sobre una relación constituida (FRUSTAGLI).

En el derecho argentino, los arts. 984 a 989 CCC abordan de manera global la temática de las CGC estableciendo sus requisitos de validez, la regla de interpretación contra predisponente, las características de las cláusulas abusivas que se tendrán por no escritas, la aprobación administrativa previa de las CGC y el control judicial posterior, con la consecuente sanción de nulidad e integración del contrato, en su caso.

Por su parte, especialmente para los contratos de consumo, encontramos las disposiciones de los arts. 988, 989 y 1098 a 1102, referidas a las cláusulas abusivas, al trato equitativo y no discriminatorio, a las limitaciones a la libertad de contratar, a la información y publicidad dirigida a los consumidores y las acciones a favor de los afectados.

Asimismo, encontramos disposiciones aisladas limitativas de la autonomía de la voluntad en lo atinente a la configuración interna del contrato, como ser los arts. 1743, 1276, 1374 y 2533 CCC (invalidez de las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad; nulidad de la cláusula de exclusión o limitación de la responsabilidad por daños que comprometen la solidez de la obra en inmuebles o la hacen impropia para su uso; exoneración de la responsabilidad del hotelero en los casos de depósito necesario; y el carácter imperativo de las normas relativas a la prescripción, es decir, que no pueden ser modificadas por convención) y el art. 2071 CCC que, en materia de prehorizontalidad, exige un seguro obligatorio a favor del adquirente del inmueble para poder celebrar esa clase de contratos. Luego, el principio general de la buena fe consagrado en el art. 961 CCC otorga a los jueces otro instrumento de contralor. Por su parte, leyes especiales han abordado aspectos parciales de las CGC, a saber:

—La [ley 14.005](#) de venta de lotes por mensualidades, prohíbe el ejercicio del pacto comisorio por falta de pago si el adquirente ya hubiese abonado el 25% del precio o hubiese realizado mejoras equivalentes al 50% del precio de compra (art. 8°);

—La ley de seguros 17.418, exige que la redacción sea clara y fácilmente legible (art. 12) y limita las facultades del predisponente pues autoriza a variar algunos preceptos sólo a favor del asegurado y, además, prohíbe la modificación de otras estipulaciones (art. 158).

—El art. 10 de la ley de Defensa del Consumidor (LDC) establece el contenido mínimo del documento que se extienda por la venta de las cosas muebles o inmuebles; en el segundo párrafo dispone que: "La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes".

Por su parte, en materia de controles *a posteriori* nuestro ordenamiento consagra expresamente un sistema de control judicial de contenido de las cláusulas lesivas por el cual se faculta a los jueces a desestimarlas parcialmente cuando el negocio pueda subsistir sin ellas y a integrar el contrato, en caso de resultar necesario (art. 989 CCC y, en materia de consumo, arts. 1102 y 1118 a 1122 CCC). A su vez, ha previsto el control de inclusión (ver arts. 1100 CCC referido al deber de información del proveedor hacia el consumidor).

Todo ello, sin perjuicio del control administrativo de tipo preventivo (*ex ante*) establecido en el art. 38 de la ley de Defensa del Consumidor 24.240 modificado por la [ley 26.361](#) y su Decreto reglamentario 1798/94, el cual se encuentra a cargo de la autoridad de aplicación, contralor que de ningún modo excluye la intervención judicial (989, primera parte, y 1122-a CCC).

En ese sentido, las CGC deben ser comprensibles y autosuficientes, su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible, inclusive en la contratación telefónica, electrónica o similares. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art. 985 CCC).

Como puede apreciarse, el control del contenido previsto en nuestra legislación protectoria se estructura básicamente según criterios generales para calificar a una cláusula como abusiva (v. arts. 988, 1118 y 1119 CCC):

—las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

—las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte;

—las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Cabe destacar allí la idea de equilibrio o equivalencia de las prestaciones como pauta para la valoración, siendo ello una exigencia de la buena fe contractual.

Son cláusulas abusivas las que se imponen unilateralmente por una de las partes, perjudicando de manera inequitativa a la otra parte, o determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes (conf. art 1119 CCC). El carácter abusivo de la cláusula puede surgir de ella misma o de su combinación con otras.

La noción de desnaturalización de las obligaciones implica que se cambiaría lo que se considera la normalidad del "ser" del contrato, constituye un *standar* que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación conforme a las circunstancias del caso y se vincula también con la causa final (GARRIDO CORDOBERA).

Aquí, cabe tener presente y por reproducidas en este texto las pautas contenidas en la [Resolución Nº 53/2003](#) dictada por la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, sus modificatorias y complementarias —especialmente la Resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, Anexos I, II y III—, las cuales principalmente indican las cláusulas consideradas abusivas y establecen pautas y criterios objetivos que restringen el marco de disponibilidad en casos particulares (por ej.: ámbito de la medicina prepaga, comunicaciones móviles, prestación de servicios financieros y/o bancarios).

Además, puede configurarse una situación abusiva "cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos" (art. 1120 CCC); en tal caso, el juez deberá aplicar lo dispuesto en el art. 1075, por expresa indicación del art. 1122-d) CCC.

Y a ello cabe agregar la importancia que tiene en la negociación el deber de información y la veracidad de la misma, por ser determinante para la realización del contrato (conf. art. 985 CCC), por lo cual su incumplimiento también configura una situación abusiva.

En ese marco normativo, la consecuencia de incluir cláusulas calificadas como abusivas, por contrariar el principio de buena fe, será la nulidad parcial (art. 389 CCC) en cuanto la cláusula pueda escindirse sin afectar la esencia del contrato; de no ser así, el juez podría declarar la nulidad total, con las desventajas para los intereses del adherente.

Hablamos de nulidad absoluta (art. 387 CCC), en atención a las razones de orden público de dirección y protección implicadas, pues no se trata sólo de tutelar el interés del adherente sino también la transparencia y la eticidad del tráfico jurídico (FRUSTAGLI).

En los contratos de consumo, el art. 37 LDC faculta al consumidor a demandar la "nulidad total o parcial" del contrato si el empresario violare "el deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgrede el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial"; ello, en congruencia con lo establecido en el art. 1122-b) y c).

Ahora bien, cuando el juez declare la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si fuera necesario —"si no puede subsistir sin comprometer su finalidad"— (art. 1122-c) y 37, *in fine*, LDC). Las fuentes de integración a las que recurrirá el juez para completar el contrato, son: a) el derecho imperativo, en su caso; b) el derecho dispositivo, considerándose especialmente el tipo contractual al cual corresponde el negocio concluido; c) los usos y prácticas del lugar de celebración (conf. art. 964 CCC); y en todos los casos deberá considerar el principio de buena fe y la finalidad económico-social del negocio.

La revisión y reconstrucción del contrato se realizará mediante la interpretación judicial teniendo en cuenta lo que las partes hubieran contratado de haberse comportado de buena fe, en leal colaboración, de forma razonable y equitativa en la composición de sus intereses, según la costumbre del lugar.

Remitimos aquí a lo ya expuesto en materia de integración de los contratos en general.

Será ambigua, aquella CGC cuyo texto admita dos o más significados diversos. En cuanto al tratamiento de las cláusulas ambiguas, el criterio consagrado tanto para los contratos celebrados por adhesión como para los contratos de consumo es el de la interpretación *contra preferentem*: "Las cláusulas ambiguas predisuestas

por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente" (art. 987 CCC), esto es, en su ámbito especial, prevalece la interpretación más favorable al consumidor (art. 1094 *in fine* CCC) y "cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa" (art. 37, 2do. párr., LDC).

3. TRATATIVAS CONTRACTUALES

3.1. La etapa previa al contrato

La combinación de las voluntades declaradas que da origen a la voluntad común o consentimiento a veces requiere un proceso de gestación (*itercontractus* o *iterconsensus*), de cierta duración, según la complejidad del contrato o la magnitud de los intereses en juego, donde se requieren tratativas preliminares o simplemente un espacio de reflexión.

Es por ello que se distingue entre la formación instantánea del consentimiento y la progresiva. La primera se da cuando se inicia y se cumple el proceso en forma casi inmediata, con base en oferta y aceptación, sin contratos previos, sin discusión (ej.: contratos por adhesión; contratos entre presentes).

En la segunda hipótesis, la contratación comienza con una serie de acercamientos en que las partes deliberan, discuten e intentan elaborar lo que, luego, puede ser el contrato; se trata de un período de tratativas iniciales (*pourparlers* del Derecho francés), es decir, todas aquellas exteriorizaciones inidóneas para concluir por sí mismas un acuerdo y que eventualmente tienen por finalidad llegar a un contrato.

Allí cabe mencionar la carta de intención perteneciente al género de las misivas, la invitación a ofertar (u oferta al público) y la minuta (volcar por escrito la existencia de tratativas y acuerdos parciales).

Si bien el art. 971 CCC establece que: "Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo", a la luz de la sección 3ª (arts. 990 a 993) y del art. 973, cabe destacar que la legislación no ignora la etapa de las tratativas en el capítulo "Formación del consentimiento", como lo hacía el Código Civil ([ley 340](#)), por lo cual la ruptura de las tratativas sin un motivo justo o atendible o de manera abrupta o irregular generaría, eventualmente, responsabilidad precontractual.

3.2. Libertad de negociación

La regla general es la libertad de negociación, es decir que "las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento" (art. 990 CCC), norma que constituye mera concreción en esta etapa preliminar del principio de autonomía consagrado en el art. 958 CCC. En definitiva, no existe ninguna obligación precontractual de seguir con las tratativas hasta su desenlace positivo o negativo.

Pero esa libertad tiene sus límites: además de aquellos impuestos por la ley, la moral y las buenas costumbres (art. 958, segunda parte), fundamentalmente en el principio de buena fe (ver arts. 991 y 961 CCC)

—entendido como norma de corrección y lealtad en la celebración de los negocios—, el cual en esta etapa de formación del contrato se descompone en una serie de deberes a los que tienen que ajustar su conducta quienes participan de la negociación:

a) *Comunicación*: Quien no se encuentre en situación de concluir un contrato válido, está obligado a interrumpir las tratativas, y en caso de pretender continuarlas, a comunicar dicha circunstancia a la otra parte a fin de que pueda formar su composición de lugar. Lo que una de las partes debe comunicar a la otra es aquello que tiene relevancia para el negocio, y que ésta no se encuentre en estado de conocer por sí. Aludimos aquí al ya conocido deber de información.

b) *Confidencialidad*: Quien conoce un secreto confiado en el curso y a raíz de las tratativas contractuales, debe guardarlo, y la violación a ese deber, hace incurrir en responsabilidad, independientemente de que en definitiva se llegue a concertar el contrato, e independiente de toda idea de interrupción intempestiva o arbitraria, pues se da con ella y sin ella. Pero debe tratarse de un secreto confiado, es decir de una información confidencial útil para las tratativas, y no de una mera indiscreción. Este aspecto se encuentra regulado especialmente, estableciendo el alcance de la responsabilidad por incumplimiento: "Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento" (art. 992 CCC).

c) *Custodia* de los efectos confiados durante las tratativas: Quien a raíz de las tratativas tiene en su custodia valores de otro (entendido el término "valor" en su más amplia acepción), no puede hacer otro uso de ellos que los aptos para las tratativas, pues si obrara de otra forma, en lugar de custodiar, se estaría apropiando (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

En cuanto a las cartas de intención, es decir, "*Los instrumentos* mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato", la ley establece que "son de interpretación restrictiva" y que "sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos" (art. 993 CCC).

3.3. Responsabilidad en la formación del contrato

El quebrantamiento de aquellos deberes impuestos por la buena fe "durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta" "genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato" (art. 991 CCC).

Fundamento. Se han expuesto, sin embargo, distintos fundamentos de la llamada responsabilidad precontractual.

La teoría de la culpa in contrahendo - RUDOLF VON IHERING (1860): señala que la culpa se comete en el período previo de la formación del contrato, a partir de la emisión de la oferta, y que el daño se produce como consecuencia de la acción de una de las partes mientras se contrae la relación contractual (*in contrahendo*). La culpa *in contrahendo* consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar en el transcurso de las relaciones anteriores al contrato para obtener el fin propuesto (la formación de un contrato válido).

GABRIELLE FAGGELLA (1906) introduce, con respecto a la teoría de IHERING, que el período precontractual no comienza con la emisión de la oferta, sino que tiene su origen con el inicio de las meras tratativas, aunque como la intensidad de la relación es distinta, también será diferente el deber de resarcir las consecuencias dañosas. El origen de esta responsabilidad es la violación objetiva del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre los precontratantes para entablar negociaciones; basta una separación arbitraria e

incausada en relación a lo que habría sido el curso normal de las tratativas para culminar en el acuerdo o desacuerdo definitivo.

RAYMOND SALEILLES, en *Francia (1907)* caracteriza al retiro intempestivo como una actitud violatoria de los usos impuestos por la equidad comercial y la buena fe.

La teoría de la Obligación Legal — WINDSCHEID: sostiene que es el Derecho el que quiere que quien recibe una declaración de voluntad pueda tener confianza; la voluntad del legislador impone el deber de resarcir, es decir, la aplicación de esta teoría supone la existencia de una norma legal que establezca especialmente la responsabilidad precontractual.

La teoría del Acto Ilícito — POTHIER: explica que cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquél por cuya culpa sucedió a repararlo; entiende que la libertad de contratar no es completa y de allí que incurra en un acto ilícito quien retracta ilegítimamente una oferta o se aparta de las tratativas.

La teoría del Abuso del Derecho — JOSSERAND: afirma que se comete un abuso del derecho de no contratar, sancionado con daños e intereses, cuando la retractación es injustificada, carente de motivo legítimo. ALBERTO G. SPOTA sostiene que la prerrogativa jurídica de vincularse o no mediante un contrato, cuando es ejercida antifuncionalmente o sea con abuso del derecho, acarrea la obligación de resarcir los daños que reconozcan su causa en ese acto antifuncional. MOSSET ITURRASPE agrega que la buena fe, que es pauta o *standard* para juzgar el ejercicio de un derecho, y que es exigible en la etapa de celebración del contrato, refuerza esa interpretación.

La teoría de la Declaración de Voluntad Unilateral: afirma el valor vinculante de la voluntad unilateral y su carácter de causa fuente autónoma de obligaciones. Postula que quien actuando en forma voluntaria entra en negociaciones enderezadas eventualmente a perfeccionar un contrato debe asumir las consecuencias de su voluntad ejercida libremente. Son exponentes de este pensamiento SIEGEL y KUNTZE en Alemania; BAUDRY-LACANTINIERE, DEMOGUE, COLIN y CAPITANT en Francia; MESSINEO y BETTI en Italia; DIEZ PICAZO, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU en España; BOFFI-BOGGERO, LAFFAILLE, GOLDENBERG, BORDA y ACUÑA ANZORENA en Argentina.

Presupuestos de la responsabilidad precontractual. Para la existencia de la responsabilidad precontractual, como la responsabilidad civil en general, deben configurarse en la especie los presupuestos que en conjunto generan el deber de indemnizar, a saber:

a) *Antijuridicidad o incumplimiento objetivo o material*: Quien se aparta en forma arbitraria e intempestiva de las tratativas, o quien retracta una oferta sin permitir a la otra parte su diligente consideración, se comporta de un modo contrario a Derecho. La norma dice que las partes deben actuar de modo tal durante las tratativas "*para no frustrarlas injustificadamente*" (art. 991 CCC).

Este presupuesto es explicado de modo diferente por los autores según la posición adoptada al fundamentar la responsabilidad.

El legislador argentino consideró que se trata de un área muy dinámica y entonces conveniente sentar principios generales. Concretamente, estimó que a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, se encuentran las soluciones para la responsabilidad en los casos típicos en la negociación entre iguales.

b) *Factor de atribución*: no encontramos acuerdo en la doctrina acerca de si la imputabilidad de la responsabilidad precontractual es subjetiva u objetiva.

Hemos visto que IHERING señala la culpa como factor de atribución. FAGGELLA, por su parte, prescinde de la culpa indicando que basta una separación arbitraria, sin motivo, para originar la responsabilidad.

MOSSET ITURRASPE citando a SPOTA, DEMOGUE y STIGLITZ, sobre la base de una concepción objetiva del acto abusivo, sostiene que no es necesaria la demostración de dolo o culpa, echando mano a la aplicación de la teoría del riesgo creado, sea en la celebración de los actos jurídicos, sea en las tratativas conducentes a dar nacimiento a esos actos.

Pensamos que más allá de la aplicación jurisprudencial que pueda efectuarse de la teoría del riesgo creado o del riesgo provecho para responsabilizar a titulares de actividades peligrosas por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (art. 1757 CCC), la atribución objetiva de responsabilidad sigue siendo una excepción a la regla "no hay responsabilidad sin culpa" en ausencia de norma expresa (art. 1721 CCC). Además, según el art. 1722 CCC, "El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad..." y ya dijimos que el art. 991 CCC impone a los futuros contratantes un deber de conducta, atribuyéndole un rol activo a ese obrar en la producción del daño, que deberá evaluarse atendiendo a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1724 CCC), pautas correspondientes a la apreciación de la culpa. Tal interpretación sería la congruente con el carácter restrictivo de la responsabilidad en la formación del contrato, donde la regla es la precariedad del vínculo y la consecuente libertad para apartarse de las tratativas. Además, el pre-contratante tiene el deber de prevención del daño impuesto por el art. 1710 CCC, y el art. 991 constituye una aplicación de aquél.

c) *Daño*: para incurrir en responsabilidad precontractual la conducta antijurídica imputable a un sujeto debe haber producido un menoscabo material o moral. En efecto, el art. 991 CCC alude al "daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato". Y, especialmente para el caso de violación del deber de confidencialidad ello comprende además la ventaja indebida obtenida de la información confidencial, en la medida del enriquecimiento (art. 992 CCC).

Indicando el daño como presupuesto de responsabilidad, el art. 1716 CCC dice: "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado..."

En cuanto al concepto de daño, el art. 1737 CCC establece: "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

Asimismo, los requisitos del daño resarcible son: que el perjuicio sea directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente (art. 1739 CCC).

d) *Relación de causalidad*: desde ya, debe existir causalidad adecuada entre el hecho del apartamiento de las tratativas, retractación de la oferta o aceptación, y el daño que se causare (conf. art. 1726 CCC).

3.4. Extensión del resarcimiento

En función del principio de la reparación plena que rige en nuestro Derecho (art. 1740 CCC), el resarcimiento deberá comprender los daños que sean consecuencia inmediata y también mediata cuando el autor del hecho las hubiere previsto o haya podido preverlas empleando la debida prudencia y conocimiento de las cosas (arts. 1726, 1727, 1725 CCC).

En principio, el *quantum* estará dado por el interés negativo o de confianza, es decir, por el daño sufrido a raíz de haber creído en la celebración del negocio y que la parte perjudicada no hubiera padecido de haber sabido que no era viable.

Los gastos comprenderán lo efectivamente invertido para tratar de contratar válidamente o resultantes de la previsión producto de una oferta —en principio irrevocable—; y las pérdidas abarcarán toda chance o posibilidad descartada por el precontratante-víctima —ej.: ganancias frustradas por no atender otras ofertas o en el provecho que no obtuvo en su propia actividad o giro comercial en virtud de haberse entregado a las preliminares abortadas— (CUIÑAS RODRIGUEZ).

Ello no descarta que otros daños patrimoniales y extrapatrimoniales puedan encontrarse en relación causal adecuada con la conducta antijurídica.

4. CONTRATOS PREPARATORIOS

Si bien la sección 4ª del Capítulo 3 (Formación del consentimiento), Título II Libro III del CCC se denomina "Contratos preliminares" creemos más apropiado hablar de "contratos preparatorios", tal como lo indican los fundamentos del Proyecto de [ley 26.994](#) aclarando que los regula con un sentido amplio, dando cabida a diversas modalidades de acuerdos para negociar, entre los que cabe identificar al contrato preliminar.

Son contratos preparatorios aquellos negocios jurídicos patrimoniales que, siendo verdaderos contratos en cuanto a su perfeccionamiento y eficacia, carecen de una función autónoma, pues se realizan en previsión de la formación de otros acuerdos. Ambas partes establecen una especie de "marco" para las futuras contrataciones que entre ellos realicen (GASTALDI).

Encontramos dentro de esta categoría o modalidad desarrollada originalmente en los contratos comerciales o de empresa, diversas especies: contratos preliminares, contratos normativos, contratos de coordinación, contratos tipo y contratos colectivos, entre otros.

En cuanto a sus requisitos, la ley genéricamente exige que los contratos preliminares o preparatorios contengan el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo, fijando el plazo de vigencia de esas promesas en un año como máximo, renovable a su vencimiento por acuerdo de partes (art. 994 CCC).

Entendemos que ese límite temporal es aplicable exclusivamente a los contratos regulados en la sección 4ta., esto es, que excluye a los contemplados en la sección 5ta. (pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad) y al boleto de compraventa.

4.1. Contrato preliminar

El contrato preliminar es, como dice MESSINEO, un aspecto del fenómeno de la formulación progresiva del contrato; es una especie de contrato de primer grado, una suerte de *pactum in contrahendo*. Es un contrato dirigido a la conclusión de otro contrato futuro. Es decir, que se trata de dos partes que se obligan a celebrar posteriormente otro contrato que se llama definitivo.

Se distingue el contrato preliminar del definitivo en que el primero no produce un efecto diverso y mayor que el de la obligación de concluir un contrato futuro, mientras que el contrato definitivo obliga a la prestación convenida; el preliminar representa mayor agilidad y efectos menos intensos que el definitivo.

Bien señala LÓPEZ DE ZAVALÍA que el preliminar es un contrato y por ello las denominaciones de "precontrato" y "antecontrato" inducen a error, pues parecieran sugerir que el preliminar es algo que está antes del contrato pero que en sí no es un contrato, como acontece con los *pourparlers*, que se sitúan en el período precontractual. Y que, por lo mismo, la expresión "promesa de contrato" trae la equivocidad que envuelve el término "promesa".

Sin embargo, el art. 995 CCC denomina esta especie de acuerdo "promesa de celebrar un contrato" estableciendo que:

— consiste en pactar la obligación de celebrar un contrato futuro;

— que dicho contrato futuro no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad;

— que su régimen aplicable es el de las obligaciones de hacer (arts. 773 a 777 CCC).

Recuerda FONTANARROSA que el objeto fundamental del contrato preliminar consiste en la obligación asumida por el o los promitentes, de prestar su consentimiento para la celebración del contrato definitivo.

Como tal, es una obligación asumida en firme, cuyo incumplimiento puede ser materia de ejecución —con los límites de las obligaciones de hacer—, sin perjuicio del resarcimiento de los daños originados.

En cuanto a la utilidad práctica, podemos señalar las hipótesis en que no sea posible la contratación definitiva por revestir los bienes el carácter de futuros o ajenos y las partes no deseen asumir los efectos de esa especie de acuerdos (arts. 1131 y 1132 CCC); cuando una de las partes esté decidida a celebrar una operación definitiva, pero la otra tenga todavía dudas y quiera, sin embargo, asegurarse la posibilidad; entre otras.

En el caso especial del boleto de compraventa, pensamos que es el verdadero contrato, y no un preliminar, pues contiene todos los elementos que la ley requiere para que sea tal, independientemente que luego se satisfaga el requisito de forma exigido. En efecto, el codificador regula el boleto de compraventa otorgándole plena virtualidad en los arts. 1170 y 1171 CCC. En cuanto a la naturaleza jurídica del boleto, remitimos a lo que se expondrá al tratar el contrato de compraventa en particular.

4.2. Contratos normativos

Los llamados contratos normativos son aquellos que, previendo una pluralidad de relaciones jurídicas, tienden a establecer una suerte de reglamentación de futuros contratos, resultando de utilidad para evitar negociar cada uno de ellos (GASTALDI).

Ejemplo preciso de esta categoría es el contrato colectivo de trabajo. En el orden de los contratos individuales, suele citarse como ejemplo el contrato de cuenta corriente.

El contrato normativo no obliga a contratar, sino que obliga, en caso de contratar, a hacerlo con un determinado contenido.

Cabe aclarar que los sucesivos actos o contratos regidos por el contrato normativo pueden ser homogéneos o heterogéneos, esto es, que no es indispensable determinar previamente todos los elementos esenciales, lo que puede hacerse en el momento de la formación de cada uno de los actos, contratos o relaciones previstos por aquél. Además, el contrato normativo tiene carácter preparatorio, tiene una función propia y distinta de cada una de las relaciones singulares previstas por él, función consistente en la unificación de su régimen y en su coordinación (FONTANARROSA).

4.3. Contratos de coordinación

Tienen también la función de unificar y coordinar futuros acuerdos entre las partes. En esta especie se preordena y organiza el desenvolvimiento de una continuidad de relaciones jurídicas futuras; predispone

negocios similares o no, que son tratados de igual modo; el de coordinación no se extingue con los sucesivos pactos (GASTALDI).

4.4. Contrato-tipo

Responde al fenómeno de la contratación en masa que ha producido una *standardización* de los negocios.

El contrato-tipo determina un contenido uniforme de toda una serie más o menos numerosa de contratos individuales apreciado según un tipo ideal de contratante (ej.: pólizas de seguro).

Pero tal denominación no prejuzga sobre la predeterminación de dicho contenido, el que puede muy bien ser el resultado de la libre deliberación de las partes contratantes en paridad de condiciones (FONTANARROSA).

4.5. Contratos colectivos

Además de su mención al tratar los contratos normativos, explica SALVAT que la ley interviene en estos casos e impone y hace obligatorio para la minoría el contrato proyectado por la mayoría, con tal que esta mayoría tenga una determinada importancia y que concurren las diversas condiciones que en cada caso se exigen (ej.: convenios colectivos de trabajo).

Sin embargo, también suelen darse otros ejemplos, donde su celebración no es impuesta, como una póliza colectiva de seguros para una determinada categoría de personas —socios de una entidad, por caso—, contratada por dicha entidad y a la que, si desean, se adhieren los socios, que resultan así vinculados con la compañía aseguradora, sin intervención directa de ésta, pues para eso estableció el contrato colectivo.

4.6. Contrato de opción

Las partes convienen en que el proponente quedará vinculado por su oferta durante un lapso determinado, en tanto que el destinatario de ésta estará en libertad para decidir por su aceptación, modificación o rechazo. Como en todos los casos, el contrato quedará concluido con la aceptación de la propuesta.

La figura se da con frecuencia en la práctica, a través de las conocidas opciones de compra o de venta y de las opciones concedidas por los estatutos de las sociedades anónimas a favor de sus accionistas respecto de la adquisición de nuevas acciones emitidas como consecuencia de un aumento de capital.

La opción se distingue de la propuesta irrevocable, en que esta última proviene de una declaración unilateral recepticia, en tanto que aquélla se origina mediante un acuerdo o convenio de partes.

En cuanto a su régimen legal, el art. 996 CCC establece que: "[e]l contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule".

La opción contractual, enseña GASTALDI, manifiesta dos modalidades distintas: una es el contrato de opción propiamente dicho; la otra es el caso en que se establece una opción dentro de un contrato ya realizado.

El contrato de opción consiste en conceder a una de las partes el derecho potestativo de aceptar o no la oferta que le efectúa el otro. Se trata de un derecho potestativo autónomo que surge de un contrato en el cual uno hace la oferta y el otro acepta tener la posibilidad de optar por su aceptación o por su rechazo dentro de un tiempo que se ha fijado previamente.

El supuesto en que dentro de un contrato ya celebrado se fija la posibilidad de optar, se suele ver en el contrato de locación cuando se establece un plazo determinado y se dice que a su término o con tanta anticipación el locatario, o a veces el locador, podrá hacer opción para continuar o no por tanto tiempo (GASTALDI).

4.7. Pacto de preferencia

Cabe calificarlo también como contrato preparatorio, aunque tiene su regulación específica en la sección 5ta., arts. 997 y 998 CCC.

Puede ocurrir que durante el curso de las negociaciones previas a la celebración de un contrato, una de las eventuales partes se obligue frente a la otra, para el caso de que llegara a decidirse a realizar el negocio, a preferirla respecto de otros eventuales interesados (FONTANARROSA).

El promitente no se obliga a celebrar ningún contrato. Simplemente asume el compromiso, para el supuesto de que eventualmente decidiera celebrarlo, a dar la preferencia al otro pactante o a un tercero previsto en el acuerdo. De esta manera, el promitente queda en libertad de concluir o no el contrato definitivo, sin que la otra parte pueda obligarlo a su celebración; pero si resuelve realizar el previsto, surgirá su obligación de conceder la preferencia al beneficiario de este derecho. De esta obligación asumida por el promitente surge como consecuencia el deber de comunicar al beneficiario o destinatario de la prelación su decisión de concluir el contrato definitivo así como la especificación de los detalles de las ofertas hechas a terceros o recibidas de éstos, a fin de que el beneficiario pueda ejercer su derecho de preferencia en paridad de condiciones con las de los terceros interesados. Comunicadas tales condiciones, el beneficiario queda, a su vez, en libertad de resolver si acepta o no la oferta hecha por el promitente, esto es, si ejercita o no su derecho de preferencia.

Ejemplo típico es el que surge de las normas de la compraventa (art. 1165 y ss. CCC). Asimismo, lo encontramos en el contrato de suministro (ver art. 1182 CCC).

4.8. Contrato sujeto a conformidad

También denominado "ad referéndum", se trata de aquel contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o una autorización.

En cuanto a su régimen legal, queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva (ver arts. 343 a 349 CCC) por expresa disposición del art. 999 CCC).

En consecuencia, encontrándose pendiente el cumplimiento de la condición —conformidad o autorización—, el titular del derecho condicional puede solicitar medidas conservatorias; el cumplimiento de la condición obliga a las partes a entregarse recíprocamente las prestaciones convenidas, desplegándose ni

más ni menos que los efectos propios del cumplimiento del contrato correspondiente. Si alguna prestación se hubiere cumplido antes del cumplimiento de la condición, y ésta no se cumple, debe restituirse el objeto con sus accesorios pero no los frutos percibidos.

CAPÍTULO V - INCAPACIDAD E INHABILIDAD PARA CONTRATAR. CON LA COLABORACIÓN DE JUAN A. RIVA

1. PRINCIPIOS GENERALES Y UBICACIÓN DE LA CAPACIDAD EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Lo concerniente a la capacidad de las personas se encuentra regulado en el Libro Primero del Código Civil y Comercial; en este apartado se establecen los principios y excepciones en la materia.

Ahora bien, toda vez que el contrato constituye una especie particular de acto jurídico (art. 957), presupone en quienes concurren a formarlo la presencia de este elemento como condición necesaria.

En efecto, como hemos aclarado oportunamente (v. CENTANARO), según nuestra visión, la capacidad no constituye un elemento esencial del contrato, sino que debe considerarse como un presupuesto de validez del consentimiento. Ello es así debido a que la capacidad tiene inmediata vinculación con la parte o contratante, es decir, que se encuentra directamente relacionada con la persona del agente y hace que la aptitud subjetiva esté fuera del contrato o, lo que es lo mismo, que sea extrínseca a aquél pero ligada a él, cumpliendo una función integradora, por un nexo de subordinación jurídica.

Como ha enseñado LÓPEZ DE ZAVALÍA, los presupuestos son aquellos requisitos que, influyendo en el contrato, son extrínsecos y anteriores a él. Este carácter extrínseco se manifiesta en que existen independientemente del contrato, predicables de alguien o de algo, aunque ningún contrato se haya concluido, pero teniendo presente la posibilidad de su concertación futura, y en que subsisten después para cualquier otra negociación, sin que en ningún momento, mirado el contrato como algo autónomo, queden incorporados a él.

En resumen, la circunstancia de ser la capacidad una condición del sujeto, la hace extrínseca y anterior al contrato, y nos permite clasificarla, no como un elemento esencial, sino como un presupuesto de validez del contrato (RAVENA).

En razón de todo ello, resulta conveniente realizar una breve reseña y explicación del modo en que el actual Código Civil y Comercial regula la cuestión concerniente a la capacidad de las personas y como ello se articula con las disposiciones referidas al régimen de la capacidad en materia contractual.

2. RÉGIMEN DE CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: CAPACIDAD DE DERECHO Y CAPACIDAD DE EJERCICIO. INCAPACIDADES DE DERECHO Y PERSONAS INCAPACES DE EJERCICIO

Sostiene RIVERA que el concepto de capacidad puede caracterizarse como el grado de aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes.

Ahora bien, en relación con la capacidad, tradicionalmente se ha distinguido, y el Código actual distingue, entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio (antes denominada "de hecho"). La primera implica la aptitud que toda persona posee para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22 del CCC), mientras que la segunda importa la facultad de poder ejecutar, el propio sujeto, esos derechos y deberes jurídicos de los cuales es titular (art. 23 del CCC).

Respecto de la *capacidad de derecho*, la regla la constituye la capacidad, por lo que sus limitaciones deben estar expresamente previstas en la ley. Tales limitaciones son llamadas incapacidades de derecho. Estas incapacidades, como consecuencia de la regla general, serán siempre relativas, dado que no es posible que una persona adolezca de una incapacidad de derecho absoluta, pues esto equivaldría a una muerte civil o, como señalaba LÓPEZ DE ZAVALÍA, la negación de la personalidad. De modo que no hay personas incapaces de derecho, sino con incapacidad para determinados actos: falta la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica.

Por otro lado, en cuanto a la *capacidad de ejercicio*, el Código Civil y Comercial abandona la tradicional distinción entre incapacidad de hecho absoluta y relativa, como así también las categorías de menor impúber (incapaz absoluto), menor adulto (incapaz relativo), demente (incapaz absoluto) y sordomudo (incapaz relativo). La capacidad de ejercicio puede sufrir limitaciones y, en ese caso, podrán estar expresamente previstas en el Código Civil y Comercial (art. 24) o bien surgir de una sentencia judicial (arts. 38 y 49).

Las personas incapaces de ejercicio por disposición del referido Código son, según el art. 24, las siguientes: a) la persona por nacer (esto es, desde la concepción a su nacimiento, conforme el art. 19); b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente (es decir, las personas menores de edad, en los términos de los arts. 26 y concordantes); y c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, según la extensión dispuesta en esa decisión (que incluye a quienes se les declaró la incapacidad [art. 32, párr. 4º], a quienes se les restringió su capacidad [art. 32, párr. 1º] y a quienes se inhabilitó por prodigalidad [art. 48]).

Según este esquema, las *personas por nacer* ejercen sus derechos a través de sus representantes legales (art. 101, inc. a); las *personas menores de edad* se encuentran sujetas a la representación legal de sus padres o el tutor que se les nombre (art. 101, inc. b), sin perjuicio de que, según pautas de edad y grado de madurez, el Código admita la realización de actos por sí mismos a través de un régimen de asistencia u otros que podrá ejercer libremente en virtud de la capacidad de ejercicio que el propio Código Civil y Comercial les reconoce (art. 26 y concordantes); las *personas declaradas incapaces judicialmente*, ejercerán sus derechos a través de sus representantes legales bajo el régimen de la curatela (arts. 32, párr. 4º y 101, inc. c); y, finalmente, las *personas con capacidad restringida e inhabilitadas*, ejercerán su capacidad con un sistema de apoyos para la toma de decisiones (arts. 32, párr. 2º, 34 y 49), según los alcances establecidos en la sentencia.

Las personas por nacer, esto es, la persona desde la concepción hasta el nacimiento (art. 19 del CCC), son incapaces de ejercicio. En el caso de la persona por nacer, el nacimiento con vida actúa como una condición resolutoria, puesto que en caso de que naciera sin vida "...se considera que la persona nunca existió" (art. 21 del CCC).

El texto actual reconoce, según nuestro parecer, la realidad de la existencia del ser humano y de su vida a partir del momento de la concepción. Sin embargo, a los fines de adquirir, en forma irrevocable, los derechos que antes del nacimiento se hubieran concedido a las personas por nacer, existe una condición o requisito esencial: el nacimiento con vida (art. 21, párr. 1º).

Las personas menores de edad, esto es, desde el nacimiento hasta los dieciocho años (art. 25 del CCC), son incapaces de ejercicio en la medida en que no cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente (art. 24, inc. b) para ejercer los actos que el propio ordenamiento jurídico les permite (art. 26 y concordantes) y actúan a través de sus representantes legales (art. 26, párr. 1º).

A su vez, dentro de esta categoría de personas menores de edad, el Código Civil y Comercial diferencia a quienes tienen entre trece y dieciocho años, a quienes denomina adolescentes y que tienen discernimiento para los actos voluntarios lícitos (art. 260 y 261, inc. c, del CCC), mientras que, respecto de los actos voluntarios ilícitos, el discernimiento se adquiere, como en el régimen anterior, a los diez años (art. 261, inc. b, del CCC).

Por su parte, conforme lo dispuesto en el art. 27 del CCC, "la celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad". En efecto, si bien la edad legal para contraer matrimonio es a los dieciocho años (art. 403, inc. f), es posible igualmente contraer matrimonio válido antes de esa edad, previa autorización (art. 404).

A partir de este momento, la persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio, con las limitaciones que establece el Código Civil y Comercial; puntualmente, con las prohibiciones contenidas en el art. 28: a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito (esta interdicción incluye la cesión gratuita [art. 1614]; y, c) afianzar obligaciones. Ninguna de estas prohibiciones puede ser dispensada.

La sanción resultante de la celebración de alguno de los actos enumerados en el art. 28 sería la nulidad relativa, ya que lo que se pretende proteger en este caso es el interés particular de la persona menor de edad (art. 386); por ende, el acto podría ser confirmado de acuerdo con lo normado por el art. 393 del CCC.

Por último, según el art. 29, si bien el menor emancipado por matrimonio puede disponer (onerosamente) de los bienes recibidos a título gratuito deberá requerir, para ello, autorización judicial.

El art. 30 regula, por su parte, la situación de la persona menor de edad con título profesional habilitante y estipula que, si ello le permite el ejercicio de una profesión, puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización; a partir de ello y en lo que interesa a la materia contractual, la norma dispone que tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión.

Sin embargo, la interpretación de esta normativa no puede desvincularse de lo previsto en los arts. 681, 682 y 683; de este modo, puede entenderse que la persona menor de edad que puede ejercer su profesión es aquella que ha alcanzado los dieciséis años.

El Código Civil y Comercial también establece en su art. 32 la posibilidad de que un juez *restrinja la capacidad o declare la incapacidad de una persona*. En efecto, el párr. 1º del art. 32 estipula que: "El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes". Por su parte, el párr. 4º del mismo artículo señala que "por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar su incapacidad y designar un curador".

En principio, entonces, se la considerará una persona capaz, aunque con incapacidad para ejercer por sí misma determinados actos que se especifiquen en la sentencia (art. 24, inc. c). En la sentencia, el juez fijará las funciones de los apoyos que se designen, quienes no suplantarán la voluntad, sino que intentarán favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

En caso de que exista imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad, o bien, de que el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez declarará la incapacidad de la persona y le designará un curador que actuará como su representante (art. 101, inc. c, *in fine*).

Por último, el Código Civil y Comercial contempla, en su art. 48 y siguientes, la posibilidad de la *inhabilitación*. En efecto, en el art. 48 señala que: "Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio".

La inhabilitación, pues, ha quedado circunscripta al supuesto de prodigalidad (a diferencia de lo normado con anterioridad por el art. 152 *bis* del Código Civil de la [ley 340](#)).

Según la normativa vigente, la sentencia de inhabilitación (a partir de la acción incoada por los legitimados activos que señala la última parte del art. 48 del CCC) implica una restricción a la capacidad jurídica de la persona, quien ya no podrá ejercer por sí misma determinados actos; es decir, pese a ser una persona jurídicamente capaz, sufrirá ciertas restricciones al ejercicio de su capacidad jurídica. Concretamente, para otorgar actos de disposición entre vivos deberá contar con un apoyo que le asista (art. 43 del CCC); podrá, en su caso, extenderse esta limitación a otros actos que deberán especificarse, en su caso, en la sentencia.

3. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO CELEBRADO POR UNA PERSONA INCAPAZ O CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

Dentro del marco descripto, el Código Civil y Comercial establece un régimen a efectos de ponderar los actos celebrados por una persona declarada incapaz o con capacidad restringida, en los términos de lo establecido por el art. 32.

En efecto, el citado Código estipula, en su art. 44, que: "Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas". Es decir que, conforme con ello, desde que se encuentra inscripta la sentencia que restringe la capacidad de ejercicio o declara la incapacidad, son nulos los actos jurídicos (y, por tanto, los contratos) celebrados con posterioridad a ella por la persona incapaz o con capacidad restringida y que contrariasen lo dispuesto en dicha sentencia.

Por otra parte, respecto de los actos anteriores a la inscripción, el art. 45 establece que éstos "...pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple algunos de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito". Es necesario aclarar, al respecto, que, conforme la primera parte de la norma transcripta, la posibilidad de ponderar la validez de estos actos presupone la existencia posterior de una sentencia declarativa de la incapacidad o de la capacidad restringida; es decir, esta norma es aplicable cuando, luego de la celebración del acto, se ha dictado una sentencia en los términos de los arts. 37 y 38 del CCC.

Así pues, bajo este esquema, delineado en el apartado dedicado a la capacidad de la persona humana, el Capítulo del Código Civil y Comercial dedicado a tratar la incapacidad e inhabilidad para contratar no efectúa ya remisiones innecesarias y se limita a establecer cuáles son los efectos que se derivarán para el acto contractual celebrado por una persona incapaz o con capacidad restringida.

En efecto, el citado Código estipula, en su art. 1000, que: "Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido".

El art. 1000 es, cabe señalar, una norma equivalente a la contenida en el art. 1165 del Código Civil anterior. Conforme con ello, el principio general es que la parte capaz del contrato declarado nulo no tiene derecho a exigir la restitución o el reembolso de lo que hubiere pagado o gastado. Esta regla, que constituye una consecuencia del principio según el cual el régimen de incapacidad y de sanción de los actos celebrados por incapaces se articula en pos del beneficio de estos últimos, encuentra, sin embargo, una excepción en el caso en que el incapaz se hubiere enriquecido sin causa lícita que lo sustente, en los términos y bajo las condiciones del instituto ahora regulado en el art. 1794 del CCC (enriquecimiento sin causa).

4. INHABILIDADES PARA CONTRATAR. SUPUESTOS ESPECIALES DE INHABILIDAD

Establecido ello respecto de los efectos de los actos celebrados por personas incapaces o con capacidad restringida, el nuevo Código Civil y Comercial dispone, a continuación, que "no pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona" (art. 1001).

Esta disposición establece el principio general según el cual, por una normativa expresa, determinadas personas se encuentran impedidas de contratar, sea en interés propio o ajeno, a nombre propio o por interpósita persona; esto es, personas que son capaces de ejercicio (o de hecho, conforme la terminología anterior), pero a las que la ley les prohíbe adquirir determinados derechos.

Esta norma, por lo tanto, conforma el marco general bajo el que deben apreciarse las limitaciones a la capacidad de derecho en los términos del art. 22 del CCC.

En efecto, este precepto genérico se especifica en distintos supuestos regulados en el Código Civil y Comercial; concretamente: a) los casos previstos en el art. 1002; b) la prohibición, respecto del consignatario, de comprar o vender para sí las cosas comprendidas en la consignación (art. 1341); c) la prohibición, para el corredor, de adquirir por sí o por interpósita persona, efectos cuya negociación le ha sido encargada, o tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en ella (art. 1348); d) la prohibición de celebrar contrato de comodato los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación, o bien, los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión (art. 1535); y e) la prohibición, para el fiduciario, de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 1676).

Examinaremos brevemente estos supuestos.

En primer lugar, el mencionado art. 1002 prescribe que: "No pueden contratar en interés propio: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados; b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido; c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido; d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contratos de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo".

El fundamento de la inhabilidad de los tres primeros incisos así como el del supuesto contemplado en la última parte de la norma, se encuentra en la relación de poder que vincula a los sujetos (funcionarios públicos; jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia; y, abogados y procuradores) con respecto a los bienes objeto de la prohibición; permitir, en estos casos, la celebración del contrato, podría implicar un perjuicio para la comunidad toda en función del provecho personal que podría obtener el sujeto inhabilitado a partir de la utilización de la función que cumple.

Por su parte, el inciso d) del art. 1002 tiene en miras evitar la actuación de uno de los cónyuges en beneficio propio y perjuicio de la comunidad de los cónyuges (art. 463 y ss. del CCC).

En segundo término, el art. 1341 del nuevo Código establece como prohibición para el consignatario (o una persona que actúe en su interés, conforme la regla general del art. 1001), la de comprar y/o vender para sí las cosas comprendidas en la consignación. Esta interdicción también estaba prevista en los arts. 262 a 264 del anterior Código de Comercio.

En pocas palabras, la norma dispone que el consignatario no puede comprar para sí las cosas que el consignante le haya ordenado vender ni, por otro lado, puede vender al consignante cosas que tuviere en su poder, a los fines de cumplir con la misión de comprar lo que se le hubiese ordenado.

El fundamento de esta disposición radica, como puede apreciarse, en el conflicto de intereses entre consignante y consignatario. En función de ello y de que no parecería afectado el orden público, alguna doctrina estima que sería viable la convención en contrario, a los fines de autorizar al consignatario a adquirir para sí de lo que se le hubiere ordenado vender, o bien, a vender de lo suyo al consignante que le hubiere ordenado comprar (ESPER).

En tercer lugar, el art. 1348 regula supuestos que se refieren a inhabilidades para el corredor (esto es, aquella persona que se obliga ante otra a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes; art. 1345); puntualmente, "a) adquirir para sí o por interpósita persona efectos cuya negociación le ha sido encargada; b) tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en ella".

Esta norma se funda en la imparcialidad que debe mantener el corredor al actuar como intermediario, que se vería afectada o eliminada si se permitieran los actos vedados por esta norma (SIBURU).

Como cuarto supuesto, el art. 1535 trae las prohibiciones respecto del contrato de comodato; así, establece que no podrán celebrarlo "a) los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación; b) los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultades para ello".

Este texto resulta similar al contenido en el art. 2262 del anterior Código. El fundamento de la norma radica en el carácter gratuito del contrato de comodato; siendo ello así, el legislador ha creado un marco de protección para quienes fueren titulares de los bienes entregados en comodato, puesto que su celebración implicaría la pérdida de las ganancias que, a partir de la celebración de otro contrato, podrían obtenerse.

En quinto y último lugar, el caso regulado por el art. 1676, en el marco del contrato de fideicomiso. En este caso, el fiduciario (esto es, aquella parte del contrato que recibe la propiedad de bienes para ejercerla en beneficio de un beneficiario y transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición; art. 1666) tiene prohibido (y no puede dispensarse esta prohibición contractualmente) "...adquirir para sí los bienes fideicomitidos"; es decir, los transferidos en virtud del contrato.

Esta prohibición, que resulta de orden público (no es disponible para las partes del contrato) responde a la esencia del acuerdo, puesto que, de otro modo, si el fiduciario pudiese adquirir para sí los bienes fideicomitidos, sin la obligación de transferirlos en su oportunidad, se trataría de un mero negocio simulado, constituyéndose el fiduciario en el verdadero dueño de dichos bienes.

CAPÍTULO VI - OBJETO. CON LA COLABORACIÓN DE MATÍAS MANUEL PORTOS

1. EL OBJETO DE LOS CONTRATOS

1.1. Concepto. Nuestra postura

Nuestro derecho positivo no define el objeto del contrato, únicamente enumera los recaudos que este elemento debe reunir.

La doctrina, por su parte, mucho ha escrito sin haber arribado a un concepto uniforme. Por el contrario, siempre han existido grandes diferencias relacionadas con su alcance.

Tal circunstancia resultaba explicable, a nuestro modo de ver, por la oscura redacción que el Código Civil ([ley 340](#)) ostentaba, en razón de la cual se llegaba a confundir el objeto de la obligación, que es la prestación, con el del contrato.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial ([ley 26.994](#)) ha zanjado aquellas discrepancias conceptuales. Pues, el legislador —a través de la remisión legal efectuada por el art. 1003 del CCC— ha considerado que lo que conviene al género conviene a la especie y dispuso aplicar el art. 279 y ss. del CCC.

Por otra parte, la eliminación de las menciones a la prestación que surgían del articulado (v. arts. 1167 a 1169 del CC) permiten superar las diferencias doctrinarias apuntadas.

En síntesis, se puede concluir que el objeto de los contratos son los hechos —positivos o negativos— y los bienes (que comprenden los derechos, productos y las cosas) sobre los que recae el contrato. Es decir, la noción de objeto del negocio jurídico queda reducida a su materia.

De este modo, se evita confundir el objeto con la obligación propiamente dicha; con la prestación (objeto de la obligación) y con la causa fin del acto.

Finalmente, no debe perderse de vista que sobre la materia bajo estudio rige el principio de raíz constitucional (conf. art. 19, segunda parte, de la CN) según el cual la determinación del contenido de los contratos queda librada a la voluntad de los sujetos intervinientes (v. su congruente art. 958 del Código Civil y Comercial), que reconoce entre sus límites aquellas cosas y hechos que por disposición de la ley no pueden integrar el objeto de los contratos (confr. arts. 279, 1003 y 1004 del CCC).

1.2. Posiciones doctrinarias previas al Código Civil y Comercial

Como ya se ha dicho, en lo atinente a este punto existía una gran disparidad de criterios; así, por ejemplo, algunos autores como RISOLIA han llegado a afirmar que el objeto de los contratos son las obligaciones en sí mismas que se crean por el libre acuerdo de las voluntades. Otros autores, como MOSSET ITURRASPE, enseñan que el objeto es la operación jurídica considerada, el contenido concreto e integral del acuerdo, variable hasta el infinito gracias al principio consensualista.

En forma sintética, las concepciones amplias apuntaban a las relaciones jurídicas, al contenido del negocio, o al fin —bajo la forma de finalidad abstracta, de motivo o de ambas especies— adosado a un sustrato material. Por su parte, las posiciones intermedias estaban referidas a la idea de prestación (concebida como conducta o comportamiento) y, en ocasiones, se adiciona un *plus* (cosas, bienes, etc.) que constituían con aquella prestación una realidad unitaria. Y, por último, las posiciones restringidas prescindían de la obligación como tal y también dejaban de lado el objeto de la relación jurídica (la prestación), quedando circunscripto el objeto a su materia o realidad social, la cual es perfilada con variantes, a saber: bienes, hechos, cosas, utilidades, intereses, relaciones sobre las que recae la voluntad, etcétera.

1.3. Cosas, hechos y derechos como objeto del contrato. Casos

A fin de aclarar los conceptos vertidos precedentemente procederemos a ejemplificar el tema del objeto en algunos contratos típicos que son paradigmáticos, refiriéndose a las cosas, a los hechos y también a los derechos.

Previamente, corresponde advertir que, desde un punto de vista histórico, el derecho privado ha usado la noción de cosa, luego la de bien, y finalmente la de producto, tratando de receptar los cambios económicos.

El concepto de cosa —objetos materiales— (v. art. 16 del CCC), es más restringido que el de producto y éste que el de bien, de modo que los bienes son una categoría que contiene a los productos y las cosas.

La mayoría de las legislaciones de protección del consumidor utiliza el término producto, porque es más extenso que el de cosas, e incluye el requisito de la elaboración.

La noción de bien resulta más amplia que la de producto y permite incluir a los inmuebles.

a) Contrato de compraventa

Lo sostenido para la generalidad de los contratos nos permite particularizar el objeto del contrato de compraventa en las cosas que se venden y en el precio cierto en dinero que se obliga a pagar el comprador.

El objeto del contrato de compraventa debe reunir los siguientes requisitos: a) ser una cosa; b) ser material y jurídicamente posible; c) existir o que sea susceptible de tener existencia —actual o eventualmente— al momento de celebrarse el contrato; d) estar determinada al contratarse o ser susceptible de determinarse con posterioridad.

En cuanto al precio este debe ser determinado o determinable y en dinero.

b) Contrato de cesión de derechos

El objeto del contrato en estudio son los derechos, tal cual surge de lo normado por el art. 1614 del CCC; es decir que todo derecho, toda acción y, en términos amplios, todo derecho incorporal podrá ser cedido (v., al respecto, arts. 1616 y 1617 del citado cuerpo legal).

En suma, pueden cederse todos los derechos patrimoniales siempre que su enajenación no sea prohibida legal o convencionalmente.

c) Contrato de permuta

Con relación a la cosa como objeto de este contrato, debe tenerse en particular consideración la remisión que el CCC efectúa al objeto de la compraventa en el art. 1175. Sin perjuicio de ello, el art. 1172 del CCC señala expresamente que el dinero no puede ser objeto de la permuta, despejando ciertas dudas jurídicas que la anterior redacción generaba al respecto.

De la remisión citada surge con claridad que las cosas inciertas y las futuras también pueden permutarse.

d) Contrato de mutuo

A tenor de lo dispuesto por el art. 1525 del CCC, la cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser fungible. Ahora bien, el objeto de este contrato puede serlo cualquier cosa que responda a los requisitos establecidos en el citado artículo. En consecuencia, podemos decir que existen dos especies de mutuo, el préstamo de dinero y el préstamo de otras cosas; la inclusión del contrato en una u otra categoría nos

enfrentará con diferentes regulaciones y, en particular, distintos regímenes de restitución y de modos en la fijación de los intereses (v. arts. 767 y 1527 del CCC).

e) Contrato de comodato

En este caso, el objeto del contrato son las cosas no fungibles, de conformidad con lo establecido por el art. 1533 del CCC; pero también las fungibles o consumibles pueden ser prestadas, cuando deben ser restituidas idénticamente, es decir, cuando se prohíba su fungibilidad o consumibilidad, de acuerdo con lo establecido por el art. 1534 de tal legislación; que es el denominado *ad pompam vel ostentationem*.

Es decir que lo que va a determinar la posibilidad de que una cosa fungible o consumible sea objeto del contrato, va a ser la voluntad de las partes; si se convino que la restitución debe hacerse por devolución, *in idem corpus*, es comodato; si aquélla debe hacerse por sustitución, es decir con su equivalente, será un mutuo.

2. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL SOBRE EL OBJETO DE LOS CONTRATOS. TERMINOLOGÍA. LOS ARTS. 1003 Y 1004 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. APLICACIÓN DEL ART. 279. SU EXAMEN

Como ya fue señalado (v. punto 1.1), es fundamental en esta materia aplicar los conceptos que, en la parte general, tratan el tema del objeto del acto jurídico. Sostenemos que, en definitiva, siendo el contrato una especie del género acto jurídico, las disposiciones relativas al objeto de este último resultan aplicables al ámbito del primero.

Dicho criterio surge del art. 1003 del CCC al expresar: "Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1ª, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código...". De modo que todo lo relacionado con el objeto del acto jurídico será —en principio— aplicable al del contrato.

Como puede verse, este artículo nos remite a la parte general; concretamente, al art. 279 del CCC, el cual dispone: "El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea".

Esta enunciación negativa, resulta idéntica a lo normado por el art. 1004 del CCC respecto del objeto de los contratos, estableciendo —en sana armonía— el principio general.

De la lectura de los artículos mencionados (279, 1003 y 1004 del CCC) se concluye que el objeto del contrato debe ser: lícito; posible; determinado o determinable; susceptible de valoración económica; corresponder a un interés de las partes; no ha de ser contrario a la moral y las buenas costumbres; no ha de afectar la dignidad de la persona humana; y no ha de ser lesivo para los derechos ajenos.

En suma, todos los bienes (determinados o determinables) pueden ser objeto de los contratos, salvo aquellos que estén prohibidos para serlo. Por su parte, los hechos pueden ser objeto de los contratos si son posibles, lícitos, acordes con la moral y las buenas costumbres, y no afectan la dignidad humana ni resultan lesivos para derechos ajenos.

3. REQUISITOS DEL OBJETO: POSIBILIDAD FÍSICA Y JURÍDICA; LICITUD; DETERMINACIÓN

Atendiendo a que el objeto pueden ser bienes o hechos, se examinarán sus requisitos en forma separada.

3.1. Bienes como objeto de los contratos

Como ya se expuso, la regla general es que todos los bienes pueden ser objeto de los contratos, excepto aquellos que están prohibidos para ser objeto de los actos jurídicos (v. art. 279 *in fine* del CCC).

En este orden de ideas, cabe señalar que las cosas no son, *per se*, ilícitas ni lícitas, inmorales ni morales; son simplemente objetos materiales. Es por eso que cuando el Código menciona la licitud (art. 1003 del CCC) o la moralidad (arts. 279 y 1004 del CCC), se refiere a los hechos y no a las cosas; luego, sin embargo, para el caso específico del acto jurídico contractual, la ley exigirá, como veremos más adelante, que esas cosas cumplan con ciertos recaudos: ser determinadas o determinables (arts. 1003, 1005 y 1006 del CCC) y de existencia actual (o posible, art. 1003 del CCC).

3.1.1. Determinación o determinabilidad del objeto

En ocasiones el objeto no está determinado *ab initio*, es decir, en el contrato mismo, pero éste establece una forma para determinarlo.

El objeto es determinado cuando está precisado con exactitud al tiempo de la celebración del contrato. Por el contrario, es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización; o, cuando están identificados en especie o género y no lo están en cantidad.

Determinado el objeto en su individualidad, la obligación será de dar o hacer cosa cierta, y en este caso, la indicación de su cantidad será de suma importancia. Cuando la cosa es fungible, basta con la determinación de la calidad y especie.

Por su parte, cuando se trate de cosas inciertas no fungibles, habrá que determinar su especie y cantidad conforme a las reglas que establece el art. 762 del CCC.

El Código Civil y Comercial estipula, en el art. 1005, que "Cuando el objeto se refiere a bienes, éstos deben ser determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en su cantidad, si ésta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización".

Un supuesto especial de determinación se presenta en el caso del art. 1006 del CCC. Según establece dicha norma "Las partes pueden pactar que la determinación del objeto sea efectuada por un tercero. En caso de que el tercero no realice la elección, sea imposible o no haya observado los criterios expresamente establecidos por las partes o por los usos y costumbres, puede recurrirse a la determinación judicial...".

3.1.2. Posibilidad física y jurídica

Las cosas deben ser material y jurídicamente posibles. Así, en el supuesto de las primeras, la posibilidad estará dada por su existencia, mientras que en los segundos su posibilidad estará dada por el ordenamiento legal.

La existencia del objeto puede ser actual o futura. Si se trata de dar cosas presentes éstas deberán existir al momento de celebrar el contrato. Por el contrario, si se tratara de cosas futuras, el contrato quedará supeditado a la condición (suspensiva) de que la cosa objeto del negocio llegue a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios (v. art. 1007). Pues si no existieren no habría contrato, pudiendo dar lugar a un resarcimiento a favor de la parte perjudicada.

Desde otro prisma, la denominada imposibilidad jurídica se subsume en la noción de ilicitud, ya que el objeto debe ajustarse a la normativa legal y a las reglas éticas que informan al ordenamiento jurídico en su conjunto, como así también en los casos puntuales que pueden existir en el campo de la realidad.

Si bien nadie puede ser obligado a dar o hacer algo imposible, sea física (ej. tocar el cielo con las manos) o jurídicamente (ej. preñar una cosa inmueble), la imposibilidad que anula el contrato deberá ser absoluta. Es decir, una total imposibilidad. Además, deberá ser contemporánea al acto y objetiva, en el sentido de que deberá afectar por igual a todas las partes intervinientes del acto. En otras palabras, el objeto debe ser imposible para todos por igual, no basta que lo sea sólo para un deudor determinado.

3.2. Hechos como objeto de los contratos

Los hechos pueden ser objeto de los contratos si son posibles, lícitos, acordes con la moral, el orden público y las buenas costumbres, y no afectan la dignidad humana ni resultan lesivos para derechos ajenos.

3.2.1. Posibilidad

Como se explicó, el requisito de la posibilidad se vincula con dos aspectos: Física y Jurídica. A fin de no resultar reiterativo, cabe remitirse —en lo sustancial— al subpunto que antecede.

No obstante corresponde señalar que del negocio jurídico la imposibilidad física o jurídica se juzga en el momento de la celebración, pues es una existencia del objeto, y esto resulta ser un elemento esencial. En efecto, si la imposibilidad aconteciera con posterioridad a la celebración del contrato, se entenderá como imposibilidad de pago.

También se distingue entre posibilidad absoluta y relativa. La primera toma en cuenta al sujeto del negocio, y por ello, se considera que es imposible cuando nadie puede llevarlo a cabo; en cambio, un hecho es relativamente imposible cuando la imposibilidad la sufre el sujeto del negocio. La distinción importa a la hora de establecer la responsabilidad por el incumplimiento.

3.2.2. Hechos lícitos y acordes a la moral, al orden público y a las buenas costumbres

El contrato tiene como objeto un hecho ilícito cuando la conducta que constituye su materia está prohibida por la ley, lo que se denomina en doctrina ilicitud formal. Por el contrario, cuando la oposición se da con referencia al orden público, la moral y las buenas costumbres se denominan ilicitud material.

En este sentido, el contrato ilegal (ilícito) es aquel que contraría una norma imperativa, como, por ejemplo, el contrato celebrado sobre una herencia futura (art. 1010 del CCC).

La violación al orden público no se halla subordinada a la infracción de un texto legal en particular. La operación jurídica tenida en vista por las partes puede contradecir los principios fundamentales e intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico y en tal caso es nula por ilicitud (v. art. 12 del CCC). El concepto de orden público es relativo, mutable de época a época. Hoy en día alcanza no sólo a lo político sino también a lo social y económico.

Las buenas costumbres, cuya transgresión vuelve inmoral el contrato, se identifican con la moral. Para ORGAZ deben entenderse por tales aquellas que viven en las costumbres valiosas de la comunidad. A las buenas costumbres se refieren los artículos 279 y 958 del CCC, fundamentalmente.

La moralización del contrato, como el orden público, se logra, más que con reglas destinadas a señalar uno a uno los objetos que contrarían aquella finalidad, con preceptos que se limitan a contener un estándar de conducta.

3.2.3. Hechos contrarios a la dignidad de la persona humana

En este contexto nos encontramos frente a contratos en los cuales se menoscaba al ser humano, es decir los que impliquen cualquier tipo de sometimiento a la dignidad humana, como, por ejemplo, la compraventa de personas, la esclavitud, etc.

La locución del art. 953 del Código Civil ([ley 340](#)) aparece sustituida por la expresión "hechos lesivos a la dignidad humana" (art. 279 del CCC) o "contrarios a la dignidad de la persona humana" (art. 1004 del CCC).

3.2.4. Hechos lesivos de derechos ajenos

Las disposiciones de los arts. 279 y 1004 del CCC responden a la premisa constitucional del art. 19, el cual dispone, en suma, que las acciones privadas de los hombres quedan exentas de la autoridad de los magistrados siempre que no perjudiquen a terceros.

El principio de legalidad, receptado en este artículo, acoge el concepto de libertad como fundamento del régimen democrático; libertad que debe disfrutarse dentro de ciertos límites razonables, entre otros, los derechos de terceros.

Por eso, las condiciones y medios sociales que el hombre reclama para el disfrute de la libertad y de los demás derechos, exige, también de su parte una actitud responsable.

El derecho de cada uno encuentra sus límites en la libertad y en el derecho de los demás y en los deberes que acarrea el bien común público.

3.3. Derechos sobre el cuerpo humano como objeto

El art. 1004 *in fine* dispone que cuando los contratos tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los arts. 17 y 56 del CCC.

En esta inteligencia, cabe mencionar que —tal como sostiene el art. 17— los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor pecuniario, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se observen alguno de aquellos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Por su parte, el art. 56 del CCC establece la prohibición de actos de disposición sobre el propio cuerpo que produzcan una disminución permanente de su integridad, a excepción de aquellos que sirvan para mejorar la salud de la persona o de un tercero, ello de conformidad al ordenamiento jurídico y, en particular, a las legislaciones especiales que rigen la materia.

Ahora bien, si nos detenemos en la redacción del art. 17 citado, podremos observar que las partes del cuerpo humanos y sus derechos no poseen valor económico, lo que —en principio— no podría constituir el objeto del acto jurídico contractual.

Aun cuando del actual artículo, el cuerpo humano no sería objeto de los contratos, creemos que en la medida que la legislación especial lo permitiese podrían ser materia del negocio jurídico, lo que ocurriría cuando se alcance algunos de los valores que enumera el articulado.

4. REQUISITOS COMUNES DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS

Por último, resulta indispensable destacar que los bienes y los hechos —como objeto de los contratos— deben ser susceptible de apreciación pecuniaria y corresponder, además, a un interés de las partes, aun cuando éste no sea susceptible de valoración económica, tal como se analizará más adelante.

5. EL REQUISITO DE LA APRECIACIÓN PECUNIARIA

De conformidad con nuestro Código Civil y Comercial, el objeto del contrato tiene contenido patrimonial, aun cuando obedezca a un interés extrapatrimonial. Tal afirmación se desprende, sin lugar a equivocación, de los requisitos que el art. 1003 del CCC enuncia.

El carácter patrimonial de un objeto es una caracterización jurídica, pero en muchos casos hay cláusulas generales que permiten adaptar el carácter conforme a las circunstancias de tiempo y lugar. En esta inteligencia, se puede señalar que el interés extrapatrimonial no es una cuestión que deba ser juzgada en relación al valor social. Una persona puede tener interés en aprender un idioma y pagar una suma exorbitante por ello, y ningún juez puede valorar esa decisión. El valor es individual y cada uno toma sus propias decisiones.

Sin perjuicio de ello, esta cuestión ha sido materia de un conocido debate erigido sobre el punto.

De acuerdo al art. 1169 del Código Civil ([ley 340](#)), no sólo el hecho objeto del contrato tenía que tener contenido patrimonial, sino que también el interés debía tenerlo. Entonces, se discutía si un acuerdo que tiene contenido patrimonial, pero el interés que mueve a las partes, o a una de ellas, carece de ese contenido ¿es o no es contrato?

Uno de los más serios argumentos en contra de la tesis amplia, que admitía el interés extrapatrimonial, era el que sostenía que las únicas acciones de reparación que existían eran de contenido patrimonial y que en materia contractual no se podía reparar el agravio moral. Sin embargo, esto fue así hasta 1968; a partir de la reforma introducida al Código Civil ([ley 340](#)) por la —mal llamada— [ley 17.711](#), el art. 522 establecía que: "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso". Además, este artículo concordaba con el art. 1078 de la misma codificación: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima".

Con la reforma, entonces, veíamos que también puede haber agravio moral derivado del incumplimiento de un contrato; entonces, aunque el interés no fuese patrimonial, siempre que el hecho tuviese contenido patrimonial, puede ser objeto del contrato, porque podemos diferenciar el interés de la prestación y la falta de responsabilidad por el incumplimiento del interés, toda vez que el juez de conformidad al art. 522 del Código Civil puede condenar a la reparación del agravio moral causado por el incumplimiento del contrato, aunque no hubiere daño económico alguno.

Uno de los grandes críticos de la teoría de la necesidad del valor pecuniario del objeto fue RUDOLF VON IHERING quien, en un célebre estudio sobre el tema, expuso —a través de algunos claros ejemplos— cuáles eran las consecuencias de la teoría que imponía la patrimonialidad del interés.

Explicaba el jurista alemán: "Veamos a dónde conduce el dogma del valor pecuniario. Un mozo de hotel estipula, en un contrato con un patrono, que quedará libre los domingos después de mediodía. ¿Es válida esta convención? No. La libertad del domingo por la tarde no tiene ningún valor pecuniario para el mozo del hotel, porque piensa dedicar ese tiempo a divertirse. Esa libertad, lejos de procurarle dinero, por el contrario, le costará alguno. Un inquilino estipula para él y para sus hijos el goce del jardín de la casa. ¿Puede esta convención ser perseguida en justicia? No. El juego y el paseo no tienen un valor pecuniario. Una señora enferma, a causa de su estado de salud, y por no tener ruido en su casa, ha dejado de arrendar las habitaciones vacantes; al fin se decide, después de largas vacilaciones, a darlas a un inquilino que le ha prometido tener mucho cuidado, comprometiéndose especialmente a no hacer música. Poco después se descubre que el inquilino es un profesor de piano, que da durante el día lecciones en su casa, y que durante la noche estudia y se ejercita en el referido instrumento. ¿Debe respetar lo pactado? No. La salud y el reposo durante la noche no tienen valor pecuniario.

"Según esto, el patrimonio es el único bien que el Derecho Civil está llamado a proteger. Los demás bienes son cosas sin valor que no deben preocupar al juez: el juez sólo conoce los intereses del bolsillo: donde éstos no llegan, para él no llega el Derecho. Admitamos por un momento ese punto de vista, pero sigamos las consecuencias hasta el fin. Supongamos que el mozo del hotel se haya comprometido a quedar en la casa los domingos por la tarde. Más adelante le molesta esto, y conviene con su patrono en que le dejará la tarde de los domingos libre, mediante una indemnización suficiente para pagar a quien le sustituya. La tarde de los domingos, ¿no tiene ningún valor para el mozo del hotel? Paga por obtenerla. El inquilino antes citado, debe pagar por la habitación 1.000 marcos, y por el jardín 100. ¿No tiene el jardín valor pecuniario para él? La dama enferma del caso supuesto, cede por 40 marcos las habitaciones que valen 50, ¿no conceptúa de ningún valor su tranquilidad y reposo? Todas esas personas pagan el bien que quieren tener, y, según los principios más rigurosos del Derecho, en caso de falta de cumplimiento de la otra parte, tienen acción para hacer que le restituya lo que han dado (*condictio ob causam datorum*).

Sin duda el hecho de que semejantes concesiones contractuales sean pagadas en dinero no resulta siempre de un modo tan claro como en los ejemplos citados. Ordinariamente, la convención se pacta en conjunto, sin que todos los puntos particulares se evalúen en dinero, pero no por eso dejan de ejercer su influjo como factores aislados de la suma total convenida; forman parte de ésta y pesan con su peso propio sin que se advierta. El inquilino, al igual que el comprador de la casa, evalúa el jardín, aun cuando para ambos se haya convenido un solo precio: ambos pagan el jardín. Lo mismo ocurre con el mozo del hotel en el caso citado, porque cuando se reserva la libertad del domingo por la tarde obtiene un salario menos elevado que cuando renuncia a ella".

Es decir, VON IHERING expuso con claridad que el interés protegido por el derecho de los contratos no necesariamente debe tener un contenido patrimonial; aún más, señaló que en muchas ocasiones ese interés ha sido evaluado y, aunque estrictamente no tenga un valor económico fijo, influye en la determinación del elemento pecuniario del contrato.

Esta es, además, la doctrina receptada por el Código Civil y Comercial. De este modo, los bienes y hechos, objeto del contrato, deberán tener, inexcusablemente, un valor patrimonial. Pero el interés que guía a las partes, por el contrario, podrá ser patrimonial o extrapatrimonial, siendo suficiente que sea serio y merecedor de tutela jurídica.

6. CASOS PARTICULARES DE OBJETO

a) Bienes existentes y futuros: Régimen

De conformidad con lo normado por el art. 1007 del CCC, se establece, como principio general, que los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. En efecto, el negocio jurídico estará sujeto a una condición suspensiva, que es la existencia de la cosa. De esta forma el legislador mantuvo la solución propiciada por Vélez Sarsfield en el Código Civil.

Ahora bien, el contrato sobre bienes futuros debe diferenciarse, asimismo, del contrato aleatorio, pues éste existe desde el momento mismo del acuerdo; mientras que el condicional nacerá cuando la condición se cumpla.

Entonces, cuando se contrata sobre cosas futuras, en principio se contrata como condicionales (contrato conmutativo), salvo que se pacte expresamente como aleatorias.

Hay contratos que son naturalmente conmutativos pero pueden pactarse como aleatorios cuando el objeto de aquellos sea una cosa futura tomando una de las partes el riesgo que la misma exista en mayor o menor cantidad o aun corriendo el alea de la inexistencia de la misma, como sucede, por ejemplo, en el caso de la compraventa de cosa futura (v. art. 1131 del CCC).

Como ya hemos dicho, cuando el objeto del contrato sea una cosa futura en principio será conmutativo, sometido a la condición suspensiva de que la cosa llegue o no a existir. Es lo que LAFAILLE llama *contra sobre la cosa esperada*. Sólo por excepción será aleatorio cuando así fuera expresamente convenido por los contratantes. A ésta modalidad, LAFAILLE la denomina *contrato sobre la esperanza de la cosa futura*.

b) Bienes ajenos. Concepto. Responsabilidad

Es del caso preguntarnos, si pueden los bienes ajenos ser objeto de un contrato, claramente la respuesta afirmativa se impone, bastando como ejemplo que la sublocación es un contrato específico sobre los mismos.

En ese sentido, el art. 1008 del CCC dispone que: "Los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete transmitirlos no ha garantizado el éxito de la promesa, solo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice y, si por su culpa, el bien no se transmite, debe reparar los daños causados. Debe también indemnizarlos cuando ha garantizado la promesa y ésta no se cumple. El que ha contratado sobre bienes ajenos como propios es responsable de los daños si no hace entrega de ellos".

Es decir que se puede contratar sobre bienes ajenos y el contrato será válido. Este principio abre dos posibilidades: que el contratante se obligue a entregar el bien ajeno o que sólo se comprometa a desplegar una actividad diligente sin prometer la entrega de la misma. Se trata, en el primer caso, de una obligación de resultado y en el segundo de una de medios; las consecuencias son sustancialmente diversas: si el deber es de resultado, bastará que no entregue la cosa objeto del contrato para que deba indemnizar al cocontratante, si fuera de medios será suficiente que cumpla con la diligencia para que no sea responsable en el supuesto de que el bien ajeno no se entregue.

Otra distinción que cabe realizar es si se ha contratado sobre bienes ajenos como tales o como propios.

Si se ofrecen como propios, asume la obligación de adquirirlos, por lo que es responsable de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento si no los entrega. Si se ofrece un bien ajeno como tal, la extensión de la responsabilidad dependerá de los términos en que hubiere quedado obligado el contratante (obligación de medios o de resultado).

Por último, resta señalar que el Código Civil y Comercial elimina la figura de estelionato, delito civil que fuera regulado por los arts. 1178 y 1179 del Código Civil ([ley 340](#)).

b) 1) Contratos sobre hechos de terceros (art. 1026 del CCC)

Sobre este tema, que en rigor debería estudiarse dentro de este Capítulo, el art. 1026 CCC dispone: "Quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo razonablemente necesario para que el tercero acepte la promesa. Si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y responder personalmente en caso de negativa".

Cuando se ofrece el hecho de un tercero se asume, en principio, una obligación de medio, en consecuencia, si el tercero no acepta esa propuesta contractual, no habría responsabilidad para el contratante que lo hubiere ofrecido en la medida que demuestre que ha sido diligente en orden a lograr el cumplimiento del hecho por el tercero.

Sin embargo, también podría pactarse como una obligación de resultado, si se hubiese garantizado que la promesa será aceptada por el tercero. En este caso, el que acepta la promesa del hecho de un tercero queda obligado a este como si con él hubiera contratado.

En todos los casos, la ratificación del tercero convierte el acto en un verdadero mandato con todos sus efectos legales.

Finalmente, el contrato sobre bien ajeno es inoponible al dueño de la cosa.

c) Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares

Pueden ser objeto de contrato todo tipo de bienes, incluso, según aclara el legislador, aquellos discutidos en juicio o que presentan algún gravamen (embargo, hipoteca, etc.). En efecto, señala expresamente el art. 1009 del CCC: "Los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros. Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe".

Es decir, un bien puede ser objeto de un contrato, aun mediando un litigio sobre su titularidad, existiendo una medida precautoria dictada a su respecto, o un derecho real que restrinja su dominio. De tal manera, el contrato es plenamente válido y eficaz, pero los gravámenes seguirán existiendo y lo soportará el adquirente del bien.

Quien adquiere los bienes afectados con pleno conocimiento de su existencia a la fecha de contratar no tendrá acción alguna contra el otorgante, e incluso podrá hacerse cargo del pago de la deuda y del levantamiento del gravamen, lo cual no es indispensable para la validez del acto. Por el contrario, si se ofrecen los bienes como libres de todo litigio y gravámenes será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al adquirente de buena fe.

d) Herencias futuras: Antecedentes históricos. Pactos: institutivo, renunciativo y dispositivo. La solución del Código Civil y Comercial y del Derecho comparado

Históricamente se permitió contratar sobre herencias futuras y se conocieron pactos clásicos sobre la misma, así, el renunciativo (art. 2286 del CCC), por el cual el futuro heredero renunciaba a su eventual herencia; el dispositivo, por el cual quien heredaría un bien lo dispondría y el institutivo (art. 2465 del CCC), donde por contrato —no por testamento— se designa heredero; todos estos acuerdos son nulos.

Enseña LAFAILLE que, ya desde antiguo, presentó dificultad resolver el problema de los convenios entre vivos sobre el patrimonio de un futuro causante, o con relación a bienes incluidos en él. La controversia fue dirimida por Justiniano en el sentido de la licitud cuando esos pactos contaran con la anuencia de la persona de cuya sucesión se trataba. Sin embargo, esta última reserva, aunque aceptada en general por los romanistas, fue rechazada por otros, cuya tendencia terminó por prevalecer. En Francia, por su parte, durante los actos preparatorios al Código de 1804, se insistió mucho para implantar un sistema riguroso en todos los supuestos, invocando el *votum mortis*, vale decir, el propósito que podía fomentarse para provocar la desaparición del autor. Semejantes prevenciones, sin embargo, se desvanecieron más tarde, habiéndose vulgarizado la prohibición de la figura.

Por tradición histórica, la mayoría de los códigos contiene la prohibición de contratar sobre herencias futuras.

El principio se sienta, en nuestro derecho, en el art. 1010 del CCC: "La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares...". De modo que la legislación argentina prohíbe contratar sobre herencias futuras, que serán aquellas que no estén deferidas; es decir, aquellas donde el causante aún no hubiere fallecido.

Por lo tanto, basta que se haya producido el deceso (aunque no se haya dictado declaratoria de herederos) para que ya las herencias no sean futuras y, por ende, resulten plenamente negociables. En otras palabras, para que el art. 1010 del CCC surta efecto, el causante, es decir, aquél que va a transmitir la herencia, debe estar vivo; si ya se produjo el fallecimiento, aunque la sucesión no haya sido iniciada, no es una herencia futura, sino presente y, por ende, susceptible de integrar el objeto de un contrato (de cesión, por ejemplo).

En el derecho comparado, la mayoría de las legislaciones sigue el criterio de nuestro Código Civil y Comercial, inspirándose en el Derecho Romano y en el francés, que prohíben estos tipos de pactos. El ordenamiento civil alemán, por su parte, también los veda salvo consentimiento del causante de la sucesión.

La sanción, en el supuesto de infringirse lo normado por el art. 1010 del CCC, es la nulidad absoluta, que no admite confirmación.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial incorpora una excepción que no reconoce antecedentes en los proyectos nacionales precedentes, estos son los pactos sobre herencia futura relacionados con las empresas familiares.

Puede darse el caso, entonces, de los pactos relativos a las participaciones societarias de cualquier tipo o explotaciones productivas.

La finalidad de estos compromisos refiere a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos.

Estos pactos pueden incluir disposiciones vinculadas a futuros derechos hereditarios siempre que no afecten la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge y los derechos de terceros.

e) El software

Un supuesto sumamente dudoso se da con el *software*, que en principio es una elaboración intelectual y por ende no material, pero una vez que es terminado e implantado en un medio para poder distribuirlo se cosifica, por lo que podría ser objeto eventual de una venta si fuera de producción en serie, también conocido como *software* paquete o programa producto o tal vez de una locación de obra si se efectuara a requerimiento de una de las partes, que es el conocido como *software* a medida (*custom made*, *tailored software* o *sur mesure*).

Como bien se ha dicho quizá pueda en el tipo de la locación de obra encuadrarse el contrato de *software* a medida, pero una tipificación análoga resulta inadecuada para el *standard*.

Pareciera innecesario querer encorsetar estos contratos informáticos en el campo de la tipicidad contractual actual pudiendo el estudioso del derecho recurrir al fértil campo de la atipicidad.

CAPÍTULO VII - CAUSA. CON LA COLABORACIÓN DE MATÍAS MANUEL PORTOS

1. LA CAUSA. CONCEPTO

La noción de causa ha motivado múltiples estudios a lo largo de la historia del derecho privado, que presentan diversas aristas cuyo tratamiento excede el ámbito cognitivo de los contratos. Por ello, en el presente capítulo nos concentraremos exclusivamente en los temas concernientes a estos últimos.

Variadas interpretaciones surgieron en la doctrina nacional sobre la noción de causa y su naturaleza, a raíz de la técnica legislativa y la insuficiente regulación que, sobre la materia, vuestro codificador VÉLEZ SARSFIELD dispuso.

El Código Civil ([ley 340](#)) no trata de la causa de los contratos de manera específica. Por el contrario, éste elemento fue emplazado en el título "*De las obligaciones en general*", entre los arts. 499 a 502.

Su paradójica ubicación metodológica, y su inconsistente y confuso contenido, forjó una ardua discusión doctrinaria.

Si hubo un tema donde ha existido una gran confusión semántica fue en el concepto de causa, fundamentalmente dentro del derecho, donde con tal vocablo se entendía como fuente y también como finalidad, sin perjuicio de tener otro número importante de significados dentro del vocabulario jurídico y también en el filosófico.

Nosotros entendemos que el art. 499 del Código Civil ([ley 340](#)) se refiere al primer sentido (causa-fuente) y en los arts. 500, 501 y 502 al segundo (causa-fin), lo que obviamente generaba gran confusión en este tema tan controvertido.

Como bien enseña GASTALDI, en el Derecho es común encontrar palabras ambiguas, por encerrar más de un significado —ejemplo claro de ello es el mismo término "derecho", que tiene varios sentidos—. Con la causa sucedía algo más curioso, porque indica tanto a la "causa-fuente" u origen, aludida en el art. 499 del Código Civil ([ley 340](#)) —tomado de Freitas—, como a la "causa-fin", a que se refieren los arts. 500 a 502 —cuya fuente es el código francés, de orientación causalista—.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial ([ley 26.994](#)) ha resuelto aquellas discrepancias conceptuales. Pues, el legislador —a través de la remisión legal efectuada por el art. 1012— definió su noción.

El art. 281 dice: "La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes".

De su simple lectura, se interpreta que el legislador optó por el concepto de causa-fin, entendido en su doble sentido, es decir, como finalidad objetiva perseguida con el negocio jurídico, y también como finalidad subjetiva en relación a los móviles concretos que tuvieron en miras las partes al tiempo de celebrar el acto jurídico contractual. En esta inteligencia, podemos afirmar que la causa, así concebida, sirve para responder a las preguntas: para qué se contrata y por qué se contrata.

A nuestro modo de ver, abona esta postura la eliminación en el Código Civil y Comercial del criterio receptado en el art. 499 del Código Civil, el cual —como ya expusimos— refería a la noción de causa-fuente.

En suma, adherimos —compartiendo al respecto el pensamiento de VIDELA ESCALADA— a la noción teleológica de la causa y, en consecuencia, sostenemos que en todo acto jurídico y, por ende, en todo contrato, debe existir la causa final y que la misma deberá observarse desde dos aspectos, uno uniforme y general, para toda la figura contractual, y otra particular y variable para los contratantes. De este modo, el fin deberá ser analizado desde una perspectiva subjetiva y otra objetiva.

Como colofón, estamos en condiciones de poder afirmar que la causa del contrato es la causa-fin.

1.1. Ubicación de la causa como elemento esencial del acto jurídico

Nuestro Código Civil y Comercial no ha indicado cuáles son los elementos esenciales de los contratos, aunque el criterio del legislador se puede inferir de los diversos capítulos en que divide el Título II del Libro III de su obra.

Como ya hemos dicho, en muchos Códigos Civiles se menciona expresamente a la causa como elemento de los contratos, así el holandés de 1838 (actualmente derogado) (art. 1356); el boliviano (art. 452); el de California (art. 1550); el de Luisiana (art. 1828); el de Puerto Rico (1930) (art. 1213); el de Quebec (art. 1385); el español (art. 1261); el francés (art. 1108); los italianos de 1865 (art. 1104) y de 1942 (art. 1325); el venezolano (art. 1141); el de Rumania de 1864 (arts. 948, 963, 966 y 1310); etc.

El Código Civil y Comercial argentino ubica el tema en el campo de los contratos, y de allí nos remite al acto jurídico, que es el género de aquél.

1.2. Distinción con el objeto

Para quienes sostenemos que el objeto del contrato es la materia sobre la cual recae el mismo, tal como lo hemos analizado en el capítulo "*objeto de los contratos*", resulta clara la distinción entre este elemento y la causa entendida como finalidad. Por lo que, no se va a vincular con la materialidad del contrato sino con la volición.

2. LA TEORÍA DE LA CAUSA. ANTECEDENTES

Tanto los autores causalistas, como anticausalistas procuran unos encontrar antecedentes dentro del Derecho romano y otros, negar tal circunstancia.

Lo cierto es que en el Derecho romano no existía una doctrina general del contrato, aunque bien podría entenderse en algún pasaje de PAULO una incipiente noción de causa. Posteriormente, en la obra de los glosadores y canonistas se va perfilando la noción de causa a través de la de equidad.

2.1. Doctrina clásica

Si bien DOMAT manifiesta no ser el creador de la doctrina de la causa, sino su sistematizador, podemos sostener que fue un expositor ordenado de tal teoría y que se sirvió de tres categorías contractuales para explicar la misma.

Como bien, sostiene VIDELA ESCALADA, la distinción fundamental es, para DOMAT, la que separa a las convenciones onerosas de las gratuitas, pero, permanentemente, aparecen los distintos contratos divididos en tres categorías, la primera de las cuales agrupa a las convenciones onerosas, la segunda a aquéllas en que solamente una de las partes parece haberse obligado, que puede sintetizarse en la referencia a los contratos

reales y, finalmente, la última comprende a las donaciones y otros contratos en que, efectivamente, la unilateralidad aparece en forma indiscutible y unida con la gratuidad.

Es decir, que de acuerdo a lo expresado por J. DOMAT en *Les Loix Civiles*, en los contratos bilaterales la causa o fundamento de la obligación de una de las partes se encuentra en la de la otra. Mientras que en los reales, la misma radica en la entrega y en los gratuitos en el ánimo de liberalidad.

Algo similar, encontramos en POTHIER en su *Tratado de las obligaciones*, quien deja de lado la clasificación tripartita de DOMAT y diferencia la causa en los onerosos y en los gratuitos, estos conceptos fueron tomados por PORTALIS y BIGOT DE PRÉAMENEU, integrantes de la Comisión Redactora del Código Civil francés consagrándose como norma que toda convención debe tener una causa lícita, que no hay obligación sin causa, y que la causa falsa o ilícita no produce efecto alguno.

2.2. Anticausalismo

Esta doctrina clásica de la causa fue aceptada pacíficamente por los primeros comentaristas de la legislación francesa, pero es en la escuela de la Universidad de Lieja donde los estudiosos belgas, de origen flamenco, al comentar el Código Napoleón, que se les impuso como código civil del Reino de Bélgica, dan inicio al anticausalismo.

Así ERNST en 1826 en *¿Es la causa un elemento esencial para la validez de las obligaciones?*, le niega tal carácter y entiende que es una creación falsa e inútil, y aún perjudicial y funesta, fruto de una estéril abstracción. Sostiene, que en los contratos bilaterales se confunde con el objeto o que una obligación no podría ser el motivo de la otra pues genéricamente nacen conjuntamente, y también afirma que la entrega en los reales es fuente o causa eficiente y que en relación a los gratuitos nunca el *animus donandi* puede ser tal causa sino que se subsume en el consentimiento.

Este pensamiento, fue seguido en Bélgica por LAURENT, DABIN, etc., y por importantes tratadistas franceses del siglo XIX como HUC, PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE, etc.

En la doctrina nacional, encontramos un importante número de juristas causalistas, pero no puede dejarse de reconocer la existencia de una amplia gama de destacados doctrinarios anticausalistas; así, por ejemplo, BARCIA LÓPEZ, BOFFI BOGGERO, GALLI, LLAMBÍAS, REZZÓNICO, RISOLÍA, SALVAT, SPOTA, entre otros.

2.3. Neocausalismo

Simplificando, puede decirse que el neo o nuevo causalismo, se inicia con la obra de Henri CAPITANT titulada *De la causa de las obligaciones*.

El neocausalismo rebate a nuestro modo de ver con éxito, las demoledoras críticas de los anticausalistas y diferencian la causa del objeto y del consentimiento y consideran a la misma como el contenido de finalidad y razón de ser del acto.

3. LA CAUSA-FIN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. SU INTERPRETACIÓN

Como ya hemos dicho, el tema en nuestro derecho civil positivo puede llevar a alguna confusión, sobre todo en relación a la causa final atento a que el art. 499 del Código Civil se refiere a la causa fuente, mientras que los arts. 500, 501 y 502 lo hacen con relación a la causa fin.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial ([ley 26.994](#)) ha resuelto aquellas discrepancias conceptuales.

Pues, el legislador —a través de la remisión legal efectuada por el art. 1012— definió su noción y adoptó el concepto de causa-fin, entendido en su doble sentido, es decir, como finalidad objetiva y subjetiva.

Superado los escollos conceptuales, afirmamos —sin hesitación alguna— que la causa de los contratos, es la causa-fin; entendida como finalidad o razón de ser del negocio jurídico. En otras palabras, se trata de la finalidad que procura alcanzar cada contratante; el fin que tiene en cuenta desde antes de decidirse a contratar.

Éste fin, como se explicó, puede ser analizado desde dos perspectivas o aspectos, uno subjetiva y otro objetivo.

La finalidad subjetiva refiere a los motivos que una de las parte ha considerado para contratar, y que ha hecho conocer a la otra. Estos motivos, como elemento propio de cada uno de los contratantes, variarán en cada contrato.

Por su parte, la finalidad objetiva responde a la pregunta: para qué se contrata (transmisión de la propiedad, del uso y goce, etc.) y, en consecuencia, resulta uniforme en todos los contratos de la misma especie. Asimismo se utiliza para tipificar al negocio jurídico contractual, subsumiendo cada caso concreto en la categoría que define el legislador tomando en cuenta la causa objetiva.

La primera, tendrá su campo de acción dentro del tema de la licitud del acuerdo; la segunda, la uniforme, tendrá una importante función clasificadora del contrato.

Para que estos motivos sean considerados "causa", conforme la definición del art. 281 del CCC, deben haber sido incorporados al negocio contractual. Es decir, deben ser reconocidos o haber sido cognoscibles, de algún modo, por la otra parte.

Los motivos individuales que las partes poseen al tiempo de celebrar la contratación y que no han sido exteriorizados, resultan ajenos al concepto de causa, y son irrelevantes.

La causa así definida, tiene relación con la noción de interés, toda vez que las partes enuncian, mediante el contrato, un interés, y éste es todo bien protegido por el ordenamiento jurídico. De este modo, el derecho protege el interés mediante la noción de causa-fin, por cuanto al requerir su existencia lo valoriza.

3.1. Necesidad de causa

La causa-fin es un elemento esencial del contrato, y como tal, resulta indispensable para su validez. Su ausencia priva al acto de su eficacia y virtualidad.

El Código Civil y Comercial, en su art. 1013, establece la necesidad de causa por lo que ella deberá existir tanto en la formación como durante su celebración y subsistir en su ejecución.

La falta de causa-fin da lugar a la nulidad, adecuación o extinción de los contratos, puesto que el acto carece de su razón determinante.

A nuestro modo ver, el artículo citado refiere a una nulidad relativa en los términos del art. 386 del CCC. Siendo ello así, la nulidad sólo podrá declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece (confr. art. 388 del CCC).

3.2. Presunción de causa

El art. 282 del CCC establece la presunción de causa aunque la misma no esté expresada en el acto. Sobre el punto, cabe destacar que nos encontramos frente a una presunción relativa, *juris tantum*, pues la misma norma faculta a las partes a probar lo contrario.

Si bien la idea de presunción de causa fue establecida para los actos jurídicos en general, tiene lógica aplicación en la materia contractual en virtud de la remisión que el art. 1012 del CCC efectúa.

3.3. Falsedad de causa

La regla enunciada en el mismo art. 282 del CCC señala que "...El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera"; refiriéndose de tal modo a los supuestos de simulación.

En este caso, a diferencia del anterior supuesto analizado, hay causa en la declaración, pero ella es falsa.

El acto será válido si la causa simulada es lícita, no perjudica a terceros y reúne los requisitos propios de su categoría (v. art. 334 del CCC).

En conclusión, podemos afirmar que la falsedad de la causa no invalida por sí mismo el acto, sino que se requerirá que sea demostrada. Frente a ello, la parte contraria podrá alegar que había otra causa real y verdadera.

3.4. Ilícitud de la causa

Por último, el art. 1014 del CCC refiere a la ilicitud de la causa estableciéndose que en tal supuesto el contrato es de ningún efecto.

La norma dice: "El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.

La licitud del convenio tiene directa vinculación con la moralidad de aquél y sostenemos siguiendo a BETTI que la misma no ha de apreciarse según los principios teóricos de una ética particular, sino de acuerdo a las exigencias éticas de la que al tiempo del negocio es la exigencia social colectiva y como expresa VIDELA ESCALADA frente a la noción de la causa ilícita está en juego una función social, de protección del orden público y las buenas costumbres y que, no solo admite, sino que requiere una concepción más amplia, que permita asegurar la debida vigencia de esos valores esenciales.

4. FUNCIÓN CALIFICADORA DEL CONTRATO

La función calificadora del contrato, que ejerce la causa, permitirá en supuestos dudosos, determinar ante qué contrato, se encuentra el intérprete.

Algunos ejemplos referidos a casos dudosos entre compraventa y donación o este último y la permuta, permitirán aclarar esta función de calificación del acuerdo.

Efectivamente, el Código Civil y Comercial permite al donante imponer al donatario cargos, y si los mismos son apreciables en dinero se rigen por las reglas relativas a los actos a título oneroso.

A su vez tales cargos pueden ser en beneficio del donante o de un tercero, en el primer supuesto la similitud con la compraventa es obvia.

Para nosotros la diferencia de las disímiles obligaciones que nacen de ambos contratos, y asimismo, de la finalidad perseguida por los contratantes al tiempo de celebrar el negocio. Pues podremos determinar si estamos ante uno u otro contrato por la función calificadora de la causa. Si existió el *animus donandi* hay donación, si había una intención de cambio nos encontramos en presencia de la compraventa y en su consecuencia ante la reciprocidad obligacional.

En las donaciones mutuas, que son aquéllas en que dos o más personas se hacen recíprocamente en un solo y mismo acto, la similitud parece innegable. Si bien ambos contratos tienen diferencias por su objeto, dado que las cosas futuras no pueden donarse, atento lo normado por el artículo 1551 del CCC y sí podrían permutarse.

Para POTHIER, el criterio distintivo para saber si estamos en presencia de una permuta (equivalencia) o ante una donación, estriba en el valor de las cosas .

Mas, la verdadera diferencia entre ambos contratos, la debemos encontrar en la causa, que en éste como en muchos casos, va a cumplir una función calificadora; si existió *animus donandi*, hay donación; si lo que se quería era cambiar, estamos en presencia de la permuta.

5. LA CAUSA EN EL ACTO ADMINISTRATIVO

Como ya hemos dicho, para la doctrina administrativista el concepto causa tiene un significado diverso al que le otorga el derecho civil.

En efecto, la causa es un elemento esencial del acto administrativo. De modo que, si carece de causa jurídica, el mismo es nulo.

CASSAGNE entiende por causa las circunstancias y antecedentes de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto administrativo. En consecuencia, la ausencia de tales antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto, así como la circunstancia de que los mismos fueran falsos, determinan la nulidad absoluta del acto.

HUTCHINSON sostiene al respecto que la motivación es la explicitación de la causa, "consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión de dicho acto... Comprende a la causa del acto y la excede, pues le da mayor relevancia al obligar a describirla y consignarla en el texto de la decisión. El distingo estriba en que la causa comprende los antecedentes de hecho y de derecho y la motivación es la obligación de expresar, de consignar tales antecedentes, más los fundamentos que atendiendo aquellos hechos, justifican el dictado del acto. Aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales. Desde el punto de vista del particular responde a una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales. Constituye un requisito referido a la razonabilidad".

MARIENHOFF entiende por causa del acto administrativo los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo.

Así, la ley de procedimiento administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que todo acto administrativo debe reunir, para su validez, los requisitos esenciales enunciados en los arts. 7º y 8º.

En particular, el primero de ellos establece que: "son requisitos esenciales del acto administrativo: [...] b) Causa. Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; [...] d) Procedimientos. Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos; e) Motivación. Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo...".

Asimismo, afirma MARIENHOFF que algunos autores que realizan una distinción entre la causa del acto administrativo y la motivación, consideran que la causa es genérica, en tanto que los motivos son específicos.

Cabe resaltar aquí, que para gran parte de los autores no existe tal distinción. A la causa se la llama directamente motivación. Así, causa o motivo del acto implican lo mismo, ya que siempre se tratará de la interpretación concreta del mismo hecho o antecedentes en cuyo mérito se emite el acto.

Con relación a la motivación, consideramos a la misma como la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto.

BALBÍN enseña que la motivación del acto estatal discrecional es un presupuesto básico, sostiene que si el acto no se encuentra motivado, entonces, no es posible controlarlo, o quizás, el control es más difuso y débil en ese contexto. Afirma que motivar un acto es dar razones de por qué el Estado resuelve del modo que lo hace. No se trata simplemente de contar cuáles son los hechos del caso, o el derecho aplicable, sino de explicar las razones que, a partir de los hechos y según el derecho, el Estado tuvo en cuenta para decidir del modo en que lo hizo.

Consideramos oportuno, recordar aquí que otro elemento esencial del acto administrativo es su finalidad. Éste se relaciona con el aspecto funcional del acto representado en el fin concreto de interés público o bien común, que por él se persigue.

En cambio, como ya hemos dicho, la causa se encuentra compuesta por los antecedentes de hecho y derecho que preceden y justifican el dictado del acto.

En efecto, la —mal llamada— ley nacional de Procedimientos Administrativos en el art. 7º, inc. f), establece que la finalidad es un requisito esencial del acto.

Coincidimos aquí, con gran parte de la doctrina, en sostener que reconocemos la existencia de este elemento como una condición de validez del pertinente acto administrativo.

MARIENHOFF en relación a la finalidad, afirma que toda la actividad de la Administración Pública ha de tender a satisfacer las exigencias del interés público. En cada caso particular, la índole de este interés varía, porque es correlativo al objeto o contenido del acto administrativo. Pero la finalidad del acto siempre debe estar de acuerdo con el interés público.

6. FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO

Compartimos con GASTALDI, que la frustración del fin del contrato tiene lugar cuando de un contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada, la finalidad relevante —razón de ser— y conocida por las partes no puede lograrse —se ve frustrada— por razones sobrevinientes ajenas —externas— a su voluntad y sin que medie culpa.

En similar sentido, se ha dicho que la frustración de la finalidad es una vicisitud sobreviniente a su celebración que supone una variación de las circunstancias existentes al celebrarse aquél, que provoca que una o ambas partes pierdan interés en su cumplimiento, por haber quedado desprovisto del sentido originario (APARICIO). La frustración del fin del contrato, es parte de la patología del acuerdo, de lo anormal y no de lo común y ordinario (MOSSET ITURRASPE, FALCÓN, PIEDECASAS, DE LA TORRE YANZÓN).

Sin dudas, resulta un típico caso de resolución contractual. Es una incorporación al texto legal del Código Civil y Comercial que la Comisión de Reforma había originalmente incluido admitiendo como un caso de rescisión unilateral y luego modificado en 2013 como un caso de verdadera resolución.

La frustración del fin del contrato (o de su finalidad como establece la norma) involucra la afectación de un elemento esencial: la causa. Es decir, el motivo determinante del negocio entendido como la finalidad perseguida por la partes al momento de contratar. Sin embargo, el Código Civil y Comercial no analizará este instituto en el capítulo 6º de Causa sino que ha sido reservado al capítulo 13 de extinción, modificación y adecuación contractual.

Ampliaremos sobre este tema en el capítulo de "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

CAPÍTULO VIII - FORMA. CON LA COLABORACIÓN DE CAROLINA A. SALTO

1. FORMA DE LOS CONTRATOS

1.1. Concepto

Si tomamos la expresión forma del contrato, en su sentido más amplio, la entendemos como la materialización de la voluntad o sino la exteriorización del acuerdo de voluntades o también el modo por el cual se da a conocer el consentimiento ya estructurado o asimismo la manifestación de consentimiento según la expresión del art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación. Mientras que en su acepción más restringida implica la solemnidad requerida, legal o convencionalmente.

La forma, en el primer sentido o sea el más amplio, consiste en la estructura exterior, perceptible del contrato que representa el continente del contenido inmaterial del mismo, constituido por el consentimiento o acuerdo de voluntades.

La forma así aprehendida como exteriorización del contenido voluntario del contrato, resulta, aun desde el punto de vista simplemente lógico, indispensable, ya que sin ella, el acuerdo contractual sería inexistente, pues no se habría exteriorizado, en los términos del art. 971 del CCC.

La forma, con relación al contrato es "el molde en el cual las voluntades coincidentes, que al unirse estructuran el consentimiento, se vuelcan o vacían, se hacen perceptibles y adquieren sentido para que los terceros puedan conocer el acuerdo y ponderar sus alcances y consecuencias" (ABELENDÁ).

Es así, porque el contrato es un acto voluntario que requiere para que sea reputado como tal, un hecho exterior por el cual las voluntades coincidentes, que constituyen el consentimiento, se manifiesten, según ya lo hemos dicho, como lo dispone el art. 971 del CCC, pero como veremos más adelante éste no es el concepto jurídico de forma que se va a relacionar con la solemnidad.

Por ello, en un sentido más restringido, propio de la forma del acto jurídico, es definido en el art. 1015 del CCC como "Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada".

Cabe destacar que la formalidad exigida para la celebración de contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

A partir de ello, sostenemos la clasificación cuatripartita de la forma y en su consecuencia afirmamos que la misma puede ser:

a) Constitutiva, visceral, sustantiva o solemne (*ad solemnitatem*) siendo legal (por ej.: las donaciones reguladas en el art. 1552 del CCC) o convencional cuando es establecida por las partes (el art. 969 de la misma codificación);

b) Relativa (supuestos del art. 1018 del CCC) cuyo incumplimiento no impide la existencia del contrato sino que obligará al cumplimiento de la solemnidad establecida;

c) Meramente probatoria (o *ad probationem*) a efectos de su comprobación (ej. Contrato de comodato);

d) Informativa (*ad luciditatem*) cuando se caracteriza en el deber de información que debe reinar en una contratación (art. 1100 del CCC).

2. LA FORMA EN EL DERECHO COMPARADO

Alguna legislación contempla a la forma como elemento de los contratos y otras establecen la normativa aplicable. Más aun, de idéntica manera se estipulan artículos en torno a las formas solemnes. Así se pueden mencionar algunos casos tales como el Código Civil Italiano en sus arts. 1325, inc. 4º, 1350 y concordantes; el Código Civil Español en los arts. 1278/1280; el Código Civil del Distrito y Territorio Federales de México en

sus arts. 1794 y 1796; el Código Civil Paraguayo en el art. 673, el Código Civil y de Familia de la República de Costa Rica en su art. 1007 y el Código Civil de Bolivia en los arts. 491/493.

Recordemos que consideramos a la forma solemne como un elemento esencial general de ámbito limitado.

3. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS CONTRATOS. CONTRATOS FORMALES Y NO FORMALES

3.1. Contratos formales

El contrato es formal, cuando la ley exige una solemnidad determinada para el mismo.

En idéntico sentido se ha dicho, a la luz del mencionado artículo, que las formas son las solemnidades que deben cumplirse cuando se emite la declaración de voluntad o las declaraciones de voluntades, ya sea el acto unilateral o bilateral (respectivamente). Referida al contrato, la forma es cómo deben emitirse ambas declaraciones de voluntad tendientes a celebrar la voluntad común destinada a reglar derechos.

Cabe aclarar, sin embargo, que en el derecho actual, se sostiene que la formalidad (entendida según lo hemos expuesto precedentemente) ha ido perdiendo terreno frente a la libre exteriorización de la voluntad, principio éste que recibe expresa consagración legislativa en el art. 1015 del CCC y que está íntimamente vinculado con la fuerza *jurígena* de la voluntad. Entendemos que esta afirmación queda desvirtuada en los hechos, pues atento el proceso inflacionario, prácticamente todos los contratos deberían celebrarse por escrito y en los de consumo existe la formalidad *ad luciditatem*.

Expuestas tales generalidades, puede concluirse que, atendiendo al elemento forma como criterio de clasificación, los contratos pueden ser formales o no formales. Ello no implica, claro está, que pueda existir uno (acuerdo de contenido patrimonial) sin un hecho exterior por el cual la voluntad que aquél trasunta se manifieste, sino que, respecto de determinados acuerdos, la ley impone que aquella indispensable exteriorización de la voluntad sea cumplida a través de una específica solemnidad: y sólo, desde este ángulo puede hacerse la diferenciación que titula este apartado.

3.2. Contratos Formales: Solemnes legales o convencionales, relativos y probatorios. Su doble, triple o cuádruple subclasificación

Genéricamente, los contratos *formales*, pueden subclasificarse, en dos categorías *ad solemnitatem* y *ad probationem* o como enseña Gastaldi en una triple división, pues considera que aquellos son solemnes absolutos, relativos y también podrían ser probatorios. No obstante esta doble, o triple distinción, nosotros entendemos —conforme se adelantara— que a los contratos formales le cabe una cuádruple clasificación. Así se pueden referir, actualmente, al contrato formal solemne o *ad solemnitatem* legal o convencional; relativos; *ad luciditatem* y por último *ad probationem* o meramente *probatorios*.

a) Como se vio, en los primeros (formales solemnes), la inobservancia de la forma legal establecida no sólo provoca la nulidad del acto como tal, sino que también lo priva de cualquier otro efecto civil. Si no existe el elemento propio esencial forma, se entiende que el consentimiento no ha sido prestado, siendo, a su vez,

incoercible (formal absoluto). Si ella está establecida y no se cumple, aquél no nace, porque la forma integra su sustancia; sin la misma no hay acto (*forma data esse rei*).

Así, se ha dicho que en estos contratos, la formalidad tiende a proteger a las partes, llamando la atención sobre la importancia del acto que realizan, al tiempo que subsidiariamente protege la seguridad de los terceros.

Dicha formalidad, cabe aclarar entonces, puede encontrarse establecida *legal o convencionalmente* (esto último acontece cuando la forma es voluntariamente establecida y solemnizada por las partes). Es que, en un todo de acuerdo con el espíritu del Código, se decidió, en este punto, apartarse de la doctrina francesa y respetar los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de formas (art. 1015, CCC). En esa misma dirección, ya había adelantado, al referirse a la forma de los actos jurídicos, que en los casos en que la expresión por escrito fuere exclusivamente ordenada o convenida no podrá ser suplida por ninguna otra prueba y el acto será de ningún efecto.

En resumidas cuentas, una forma solemne o *ad solemnitatem*, el contrato no quedará concluido como tal, ni prestado el consentimiento, hasta que las partes cumplan con la solemnidad legal o convencionalmente impuesta.

Resultan contratos formales solemnes legales, las *donaciones de cosas inmuebles*, las de cosas muebles registrables y la de *prestaciones periódicas o vitalicias*, pues sólo impone la escritura como forma bajo pena de nulidad (art. 1552 del CCC). Sostenemos que dentro de esta clasificación debe ubicarse también a la *donación remuneratoria*, toda vez que necesariamente se requiere de un instrumento donde conste designadamente lo que se tiene en mira remunerar, pues de lo contrario se ha de juzgar como una donación simple (art. 1561 de aquella codificación) por lo tanto si no es documentada no será tal donación remuneratoria, sino simple. Afirmamos también que idéntica situación se presenta en el contrato de *cesión* al establecer la necesidad de plasmarse por escrito bajo pena de nulidad con la excepción prevista en el art. 1618 del Código Civil y Comercial.

Serán contratos formales solemnes convencionales, aquellos donde la solemnidad haya sido expresamente convenida a tenor de lo establecido por el art. 969 del Código Civil y Comercial.

b) Asimismo, por otra parte, sostenemos la existencia de los denominados contratos formales relativos. Si bien en este caso, la forma no hace a la validez del contrato (como en los solemnes), sí afecta a la producción de sus efectos; la omisión de cumplimiento de la forma exigida opera únicamente sobre la producción de las consecuencias, pero no incide sobre la validez del contrato.

Se entiende que los contratos que dicha disposición enumera, no son nulos por incumplimiento de la forma legal exigida, sino que, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad (art. 969 del Código Civil y Comercial). Es decir que cualquiera de las partes, en función de esa obligación de hacer que pesa sobre ambas, pueden exigir el cumplimiento de la forma, produciéndose entonces una suerte de reconversión del acto que no llega a producir sus efectos propios por ausencia de la forma prevista.

Es que la escritura pública como forma no representa el consentimiento de las partes. El otorgamiento de la forma o cumplimiento de la formalidad requerida legalmente, en realidad, constituye una obligación más a su cargo y no precisamente personalísima puesto que, ante la negativa de una de ellas puede obtenerse judicialmente, incluso mediante la intervención de un tercero (arts. 1018 CCC y 512 del CPCC de la Nación). Se concluye pues que esta categoría, con autonomía y previsión legislativa propias (art. 969 del CCC), no afecta la validez del contrato aun ante la ausencia de la forma requerida; y, al mismo tiempo, el efecto particular "como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad", derivándose de ello la posibilidad de solicitar judicialmente la ejecución de esa obligación de hacer.

c) Otra forma que actualmente se advierte y con gran auge a partir de los contratos de consumo, es la "informativa" o *ad luciditatem*. El fin perseguido con su exigencia reside en asegurar al contratante — considerado más débil de la negociación— que se le ha de suministrar una completa información sobre la contratación (bienes y/o servicios), sus alcances y efectos previo a su celebración y que tiene gran sustento en los contratos de consumo (art. 1100 del CCC).

d) En otro orden de ideas, los contratos formales probatorios o *ad probationem* son aquellos en que la forma es simplemente un requisito de prueba. La validez del contrato no está en juego, sino sólo su acreditación (ej. contrato de comodato).

4. FORMAS LEGALES. VENTAJAS E INCONVENIENTES

El Derecho impone a ciertos contratos una forma *legal*, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ha señalado que ello trae sus ventajas e inconvenientes:

La exigencia de formas determinadas imprime pesadez a los negocios, cuando ellas no pueden ser fácil e inmediatamente cumplidas; así las dificultades para el otorgamiento de escrituras públicas, los trámites que deben llenarse, el tiempo que insumen, la necesidad de concurrir al despacho de los notarios, constituyen algunos obstáculos para la agilidad de las transacciones. Por otra parte, el principio de buena fe puede verse resentido, cuando el Derecho desconoce valor a los contratos que no llenan la forma, pues según se ha señalado el hombre honrado se siente ligado siempre a la palabra dada, cualquiera sea la manera que se haya expresado, por lo que quedará en manos del deshonesto el invocar la invalidez por ausencia de "forma".

Pero las ventajas son grandes. Constituye un fuerte dique contra la precipitación; permite distinguir claramente entre las tratativas y el contrato, y dentro de éste entre el preliminar y el definitivo; facilita la prueba; dota de mayor visibilidad al acto para su conocimiento por los terceros; disminuye el número de procesos. La más pesada de todas las formas legales, que es la notarial, presenta también sus ventajas particulares, pues la intervención de un profesional del Derecho con el examen que éste verifica, y el asesoramiento que otorga, impide caer en nulidades e ineffectacias.

De tal manera se fundamenta la necesidad de formalismo para ciertos actos con el objeto de privilegiar la vida y suerte de distintas contrataciones. Allí se expone además sobre los sujetos condicionados por avances de la vida humana, costumbres, pensamientos al referir que, "Los progresos de la civilización... espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico... Los actos exteriores iban acompañados de palabras. En éstas reinaba el mismo espíritu. Estas palabras eran fórmulas consagradas, y en ellas sólo podía usarse la lengua nacional. Muchas veces una expresión sustituida a otra, alteraba los efectos del acto, y lo hacía nulo. Se dirigían interrogantes solemnes a las partes, a los testigos y a los que intervenían en el acto, y éstos a su vez debían responder solemnemente. Las interrogaciones y las respuestas, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces inmutables, expresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad, y grababan profundamente en el ánimo las consecuencias del acto que se hacía o al cual cooperaba...".

5. CONTRATOS NO FORMALES

Se consideran contratos no formales aquellos cuya validez no depende de la observancia de solemnidades específicas establecidas en la ley o por disposición de las partes, sino que basta para considerarlos válidos el acuerdo de voluntades, sea cual fuere su modo de expresión. Por oposición —como se vio— se llaman contratos formales a aquellos cuya validez se encuentra supeditada al cumplimiento de una forma determinada impuesta por la ley.

Es, entonces, a partir de esta noción de forma en el sentido de solemnidad, es que podrá sostenerse, como regla, la libertad de formas; esto es, la libre elección por las partes de los modos de exteriorizar su voluntad (conf. art. 1015 del CCC).

El principio general es que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica y de acuerdo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca el medio especial. Además agrega que el contrato que sea de uso instrumentar no puede ser probado exclusivamente por testigos (confr. art. 1019 del CCC).

6. LA FORMA EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

El art. 42 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la información, a la protección de la salud, a la seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Cabe destacar que la declaración y reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores en la Constitución Nacional implicó una modificación sustantiva en favor de los derechos de los contratantes débiles. La reforma del código, recogiendo ese nuevo paradigma, introdujo mecanismos tendientes a una *protección efectiva* de los intereses de los consumidores, ya previsto en nuestro ordenamiento, en la Ley de Defensa del Consumidor.

Por lo demás, la nueva redacción del código contempla un régimen específico de defensa del consumidor. Consagra como principio elemental el trato digno, equitativo y *no discriminatorio*. Garantiza, además, que no se pongan en marcha prácticas que limiten la libertad del consumidor, como por ejemplo las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros.

La información no es un gesto del proveedor: es un derecho del consumidor. Así lo expresa la redacción del código, afirmando que el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada de todo lo relacionado con las características del bien adquirido.

La reforma consagra las compras celebradas fuera de los locales comerciales, a distancia (en el domicilio o lugar de trabajo, en la vía pública o por medio de correspondencia). En estos casos, el consumidor tiene derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez (10) días computados a partir de la celebración del contrato. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez (10) días computados conforme a lo previsto en el art. 1110 del CCC.

7. LA FORMA EN OTRAS NORMATIVAS

De manera amplia, se ha distinguido contratos formales y no formales, conforme la ley estipule o no determinado conjunto de requisitos o solemnidades que deban rodear o integrar una contratación.

El cuestionamiento se suscita cuando conforme la normativa que rige en el ámbito nacional, más específicamente la establecida en el Código Civil y Comercial (ej. sobre libertad de formas), colisiona con la reglamentación de diversas actividades de orden local o provincial (ej. en materia de nuevas formalidades). O, inclusive —podría ser el caso—, con otra norma de igual rango. ¿Son válidas ambas normativas? ¿Existe realmente un choque entre dichos ordenamientos?

Antes de dar una respuesta, cabe apuntar que podría acontecer que determinada facultad reglamentaria atribuida a las provincias o la misma legislatura local pueda imponer formas o solemnidades específicas como ocurre, por ejemplo, con la Resolución 906/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, que a fin de adoptar medidas en relación a los contratos escritos de consumo, establece determinados requisitos que deben existir al momento de la contratación.

Otros ejemplos lo pueden constituir: la [Ley Nacional N° 25.599](#) de "Agencias de Viajes de Turismo" (modificada por la N° 26.208) que en su art. 7° establece los requisitos que deben existir al momento de la negociación o así también respecto de los modelos de contratación que deberá suministrar el Ministerio de Turismo (art. 8°). Cuestiones que no se aprecian en el articulado del Código Civil y Comercial. O, nuevamente en el ámbito local, el caso de la Resolución N° 2843/97 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que en materia de locación (aunque en el marco de la Resolución N° 932/96) flexibiliza las formalidades de la documentación a presentar por los propietarios de inmuebles locados con destino al área de educación y de aplicación en el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En otro orden, también cabe mencionar, a fin de ilustrar el tema, la formalidad exigida por la [ley 25.065](#) de Tarjetas de Crédito respecto a la instrumentación por escrito del contrato. En efecto, bastaría para su perfeccionamiento volcar por escrito las condiciones del contrato en un instrumento particular firmado (toda vez que no se requiere de escritura pública). Pues, como se establece en el art. 8° de la mentada ley, "El contrato de tarjeta de crédito entre el emisor y el titular queda perfeccionado sólo cuando se firma el mismo, se emitan las respectivas tarjetas y el titular las reciba de conformidad. El emisor deberá entregar tantas copias del contrato como partes intervengan en el mismo".

Cabe concluir entonces, que en la medida que las normas de orden nacional, provincial o local no se contrapongan, nada debería impedir la aplicación y funcionamiento de las mismas. De idéntica manera, deberá ser considerada válida la formalidad estipulada por la legislatura local o provincial si tiende a establecer mayor formalidad a un determinado contrato al reglamentar una actividad o contratación que le ha sido expresamente delegada. Sin embargo, claro está, no correrá la misma suerte la normativa que se estipule en contravención con la norma de orden nacional.

8. NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA

Conforme la nueva redacción del Código Civil y Comercial estable en su art. 1017, deben ser hechos en escritura pública:

a) Los contratos que tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa;

b) Los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles;

c) Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados por escritura pública;

d) Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados por escritura pública.

Cabe destacar que a partir de la reforma del año 1968 fue sustituida la antigua redacción del mentado artículo la que establecía la exigencia de escritura pública "*bajo pena de nulidad*". Actualmente, dicha sanción no resulta aplicable y será motivo de las explicaciones que más adelante se analizarán.

8.1. Inc. a. Adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles

El inc. a) refiere que "los contratos que tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa".

Conforme explica ABELEND, el texto legal prescribe como forma la escritura pública que constituye así un requisito especial de existencia o tipificación de todos los actos jurídicos que tienen por objeto transmitir el dominio sobre las cosas inmuebles, constituir derechos reales sobre tales bienes o traspasar las desmembraciones de la propiedad raíz ajena.

FISSORE establece que en este caso, el inciso a) comentado no guarda diferencia con el art. 1184, inc. 1º) del régimen anterior, que tenía una redacción parecida e idéntica sustancia. Toda transacción relativa a inmuebles merecía la certeza que otorga una escritura pública, y así se disponía, salvo que la adquisición resultara de una subasta administrativa o judicial.

8.2. Inc. b. Derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles

Conforme el inciso b) se establece que: "los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles".

Este inciso establece que los contratos que tengan por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles deben ser ejecutados en escritura pública. Para FISSORE esta provisión es innecesaria, ya que al versar en definitiva sobre derechos sobre inmuebles, los referidos contratos ya se encontrarían sujetos a la ejecución de una escritura pública mediante el inc. a) precedente. En este inc. b) se encontraba indirectamente establecido en el inc. 8º del art. 1184 el Código anterior, que regulaba que las transacciones sobre inmuebles debían realizarse mediante escritura pública.

8.3. Inc. c. Los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública

Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública, deben hacerse bajo esa misma formalidad. Aquí lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

8.4. Inc. d. Por acuerdo de partes o disposición de ley

Estos contratos se realizarán por escritura pública siempre que sea acordado entre las partes al momento de celebrar el acto, o cuando sea el ordenamiento jurídico quien lo disponga.

Según, FISSORE, este último inciso es una especie de cláusula residual que otorga carácter obligatorio a otras disposiciones del código que requieren escritura pública como medio de instrumentación, o bien a la voluntad de las partes. Esta cláusula no se encontraba en el código anterior.

Cabe destacar que el nuevo código no contempla directamente los siguientes supuestos que estaban previstos en el art. 1184 del régimen anterior: las particiones judiciales de herencia (art. 1184, inc. 2º), los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones (art. 1184, inc. 3º), las convenciones matrimoniales y la constitución de dotes (art. 1184, inc. 4º), toda constitución de renta vitalicia (art. 1184, inc. 4º), toda constitución de renta vitalicia (art. 1184, inc. 5º), la cesión, renuncia y repudiación de derechos hereditarios (art. 1184, inc. 6º), los poderes a ser presentados en juicio, los de administración de bienes, y los que contengan actos deban ser redactados en escritura pública (art. 1184, inc. 7º), y los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública (art. 1184, inc. 11).

Si bien, estos últimos supuestos, con alguna excepción, siguen requiriendo escritura pública para su instrumentación bajo el nuevo régimen, la necesidad en este sentido se encuentra en la regulación específica (ej. el art. 448 para las convenciones matrimoniales, el art. 2299 para las renunciaciones de herencia, el art. 1599 para la renta vitalicia, el art. 2202 respecto de la cesión de derechos hereditarios, el art. 363 para la representación, que consigna que si el acto para el cual la representación se otorga debe ser celebrado en escritura pública, el poder respectivo debe tener dicho formato).

Para el caso de las excepciones, FISSORE menciona a la partición extrajudicial de bienes, que a tenor del nuevo art. 2369 puede hacerse por la vía que los herederos decidan si están todos de acuerdo, aunque si hubiera inmuebles en el acervo debería hacerse por escritura pública a tenor de lo establecido en por el art. 1017. En ese sentido, consideran que al no regular las sociedades civiles, la nueva legislación deja sin sentido al supuesto contemplado por el art. 1184, inc. 3º que no ha sido incluido en la nueva redacción.

9. EFECTOS DE LA OMISIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA

Ahora bien, conforme el art. 969 del CCC, "Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresa formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato".

En este orden, es dable destacar que los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

En el caso del contrato de compraventa, es común que las partes antes de realizar la escritura pública celebren un documento privado denominado boleto de compraventa. Así lo hacen ya que en muchos casos no está redactado aun en el reglamento de copropiedad y administración del inmueble adquirido o no han llegado todavía los certificados de obligaciones *propter-rem* que pesan sobre la finca.

Ahora, realizado tal boleto, nadie duda que en virtud del mismo y por aplicación de lo normado por el art. 1018 del CCC se pueda demandar la escrituración, pero se discute si dicho documento privado es el verdadero contrato de compraventa o sólo uno que obliga a realizar aquél, por lo que sería un precontrato.

En el denominado boleto existe consentimiento, objeto y causa por lo que no cabe duda de que aquél sea, el verdadero contrato.

Asimismo, hay que recordar, que el contrato de compraventa no transfiere el dominio sino que hace nacer la obligación de transferirlo y de pagar el precio, que ambos deberes surgen del denominado boleto.

Siguiendo este lineamiento, se ha dicho que el boleto es una figura destinada a documentar la compraventa inmobiliaria, sin necesidad de otorgar simultáneamente la escritura pública traslativa del dominio. Como es un acto celebrado entre dos partes (vendedor y comprador), que coinciden en una declaración de voluntad común sobre un objeto determinado (cosa y precio), parece adecuado darle categoría de contrato. Excede a una simple promesa, puesto que cuando ésta es un acto jurídico bilateral tiene el alcance de un contrato. Sin embargo, ese contrato operará efecto traslativo del dominio y será oponible a los terceros recién a partir del momento que se formalice por escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En idéntico sentido, ETCHEGARAY, ha referido su abierta inclinación por la doctrina que ve en el boleto, y aun en el acuerdo verbal, si puede probarse, un verdadero contrato de compraventa al remitirse a la letra del art. 1123 del CCC. Pues, la compraventa se tipifica con dos obligaciones recíprocas: el actual propietario se obliga a transferir esa propiedad que tiene sobre un inmueble determinado, y el futuro propietario se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero. Claramente se está en un campo obligacional con la individualización del comprador, vendedor y donde se constatan todos los elementos esenciales específicos del contrato: sujetos capaces (partes), cosa, precio, consentimiento. Y si alguna de las partes no cumple con la obligación a su cargo, no por ello dejará de haber contrato y tendrá trascendencia aun judicialmente por tal incumplimiento.

Finalmente, también la misma [ley 19.724](#) (Régimen de prehorizontalidad) razonablemente apunta a casos donde se han celebrado boletos refiriendo al "contrato" con fines de enajenación o adjudicación de unidades (ver arts. 8º, 13, 20 y 24).

Ahora bien, tal tesis mencionada claramente no es unánime, basta con remitirse a autores de la talla de LAFAILLE, quien considera que el boleto debe interpretarse como un ante-contrato u obligación "*in eundo acto*". Similar pensamiento también es avalado por LÓPEZ DE ZAVALÍA.

Sentada la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, cabe apuntar que el art. 1171 del CCC establece que, "Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio".

Como puede observarse, el contrato de compraventa celebrado por instrumento particular firmado no queda concluido como tal, sino que requerirá de la pertinente escritura pública, tradición e inscripción en el Registro de Propiedad. Hasta antes de cumplimentar con las formalidades legales, el comprador no es nada más que un acreedor común de la parte que se ha obligado a transmitirle el dominio de la cosa. El contrato no es traslativo por sí del dominio, sino simplemente declarativo.

Como acreedor común, producido el concurso o la quiebra del deudor, debe concurrir como todos los acreedores comunes del deudor a formar la masa de acreedores y cobrarse del patrimonio de éste —prenda común de todos ellos— el crédito o porción del crédito que le corresponda, en un verdadero plano de igualdad. Ésta es la forma normal y justa de darse protección equitativa a todos los acreedores del deudor en estado de insolvencia.

La disposición que se comentara (art. 1171 CCC) viene a romper ese equilibrio jurídico de los acreedores comunes de un concursado o quebrado, favoreciendo a uno de ellos con el solo hecho de acreditar: a) que tiene suscripto privadamente con el deudor un contrato de compraventa de un inmueble, b) que es de buena fe y c) que ha pagado el veinticinco por ciento del precio. Acreditándose esos hechos, sin otro requisito, tiene derecho a solicitar, en oposición a los demás acreedores también de buena fe, que el juez le otorgue la escritura traslativa de dominio.

Partidarios de tal disposición, ven en dicha norma la introducción de un principio justo, sobre todo, en protección de los adquirentes de lotes o de inmuebles de extensión reducida, generalmente para vivienda propia y que tiene un antecedente legislativo que lo justifica ([ley 14.005](#)).

No obstante ello, en una clara posición antagónica a este lineamiento —como destaca el último autor citado— se ha sostenido que este privilegio es irritante y lesiona la igualdad de los acreedores en iguales condiciones; todos de buena fe, en virtud de un crédito real de mayor o menor suma por obligaciones de igual naturaleza jurídica. Asimismo se destaca alguna contradicción con el art. 1893 de igual cuerpo legal donde el legislador dispone que, "La adquisición o transmisión de derecho reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso. Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real".

Finalmente, cabe destacar que el artículo anterior no tendrá efectos cuando las partes establezcan en el instrumento particular que el contrato no valdrá sin la escritura pública, por cuanto son las partes las que han exigido una formalidad concreta, que debe cumplimentarse para la existencia del contrato de que se trate.

10. DEMANDA POR ESCRITURACIÓN

En función de lo descripto por el art. 1018 del CCC, y que precedentemente se analizara, parte de la obligación de hacer —escribir— prevista en el art. 969 de igual cuerpo legal. En tal sentido, si la parte "obligada" se resistiera a hacerlo podrá ser demandada por la otra para que se otorgue la escritura pública.

Cabe puntualizar, que previo al actual art. 512 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no se contemplaba un medio ejecutivo a aplicar ante el incumplimiento del condenado vencido en el juicio de escrituración, dividiéndose la jurisprudencia de la época sobre si el juez podía firmar el acto notarial por el recalitrante, o si la cuestión debía resolverse por la fijación de daños y perjuicios a favor del comprador. La confusión residía en considerar al *condenado* en la sentencia como un obligado sujeto a las disposiciones del Código, cuando en realidad no era ya vendedor, sino un vencido sancionado a cumplir un mandato judicial.

Luego de un extenso estudio y análisis doctrinario y jurisprudencial, con el dictado del fallo plenario "*Cazés de Francino, A. c. Rodríguez Conde, M.*", sentó pautas elementales al momento de ejecutar la condena a escribir.

No obstante ello, como se indicó, el mentado art. 512 establece el procedimiento a seguir en el marco de la condena a escribir al referir "La sentencia que condenare al otorgamiento de escritura pública, contendrá el apercibimiento de que si el obligado no cumpliere dentro del plazo fijado, el juez, suscribirá por él y a su costa. La escritura se otorgará ante el registro del escribano que proponga el ejecutante, si aquél no estuviere designado en el contrato. El juez ordenará las medidas complementarias que correspondan".

Ahora bien, discrepa la doctrina respecto de la viabilidad o suerte del juicio de escrituración cuando se trata de un inmueble enajenado a dos o más personas previendo una afectación al régimen de la [ley 13.512](#) —actualmente derogada por la [ley 26.994](#)—, para el caso que éste no fuera subdividido o, habiéndolo hecho, no se haya otorgado el reglamento de copropiedad y administración.

Previo a emitir nuestra opinión, cabe recordar que en el marco del llamado "estado de propiedad horizontal" en nuestro derecho se distingue entre: a) La divisibilidad jurídica del inmueble para que pueda ser objeto de propiedades autónomas por pisos o departamentos. b) La constitución del dominio sobre cada piso o departamento autónomo, y de la copropiedad sobre las cosas de uso común y del suelo; o sea, la constitución del derecho real de propiedad horizontal. Lo que jurídicamente era una sola cosa, se sustituye por dos o más, susceptibles de convertirse en propiedades separadas pertenecientes a distintos titulares. Mientras una sola persona sea propietaria de todo el inmueble, o lo sean varias en condominio sin haberse procedido a la adjudicación de las distintas unidades, no existirá aún derecho real de propiedad horizontal a favor de ninguna de ellas. Todavía no existen partes privativas y comunes, ni pueden realizarse asambleas, ni hay relaciones de convivencia propias de este sistema legal. Está incorporado al sistema y como consecuencia de ello podrán enajenarse o adjudicarse las unidades. Es decir que siempre existe una etapa previa a la constitución

de los derechos reales de propiedad horizontal, que estará dada por la incorporación del edificio al sistema, mediante su división material y la redacción en escritura pública del reglamento de copropiedad.

En tal marco, entendemos que la condena a escriturar lleva incita la obligación a cumplir con las diligencias necesarias para cumplimentar la sentencia condenatoria, y en el caso, el otorgamiento del reglamento de copropiedad que podrá ser ordenado por el juez en la sentencia como una obligación *de hacer* debiendo ser realizado en el tiempo fijado, o en su defecto, hacer ejecutar tal obligación a costa del obligado.

En idéntico sentido, ZANNONI ha referido que la obligación a escriturar comprende también la realización de todos los actos y diligencias necesarias a tal fin y cuando se trata de una unidad transferida al régimen de la [ley 13.512](#) —actualmente derogada—, la subdivisión y el otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración se encuentran comprendidos entre los trámites necesarios a la escrituración, por lo cual la condena a escriturar lleva implícita la obligación de cumplimentar tales obligaciones.

Asimismo, parte de la doctrina ha entendido a la necesidad de otorgar el reglamento de copropiedad en casos como el de estudio, como una *obligación indivisible impropia o excepcional*.

CAPÍTULO IX - PRUEBA. CON LA COLABORACIÓN DE CAROLINA A. SALTO

1. INTRODUCCIÓN

La palabra prueba, para algunos, deriva del latín *probe* en el sentido de buenamente, rectamente u honradamente, en definitiva probó. Para otros proviene del término *probandum* que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar o hacer fe (KIELMANOVICH, J.).

Probar es demostrar la existencia de algo. Probar un contrato es demostrar que el mismo se ha celebrado, el tiempo en que ella ocurrió, las partes que acordaron y su contenido. Y cuando en Derecho se habla de la "prueba" se sobreentiende que se trata de la "prueba judicial", de la demostración de un juicio, orientada a convencer a un juez.

En términos generales la prueba es una tarea de demostración o comprobación de la verdad de una proposición, por lo que en su acepción más lata es "reconstruir". En las leyes castellanas se hablaba de investigación o "averiguamiento".

Probar en el campo del derecho, significa dar la demostración de lo que se afirma. La prueba civil consiste, observa COUTURE, en un método jurídico de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el proceso.

Probar un contrato es demostrar la existencia de una relación jurídica entre partes; es también establecer la naturaleza y el contenido exacto de los derechos y obligaciones emergentes del mismo. Esta relación vincula íntimamente la prueba con la interpretación del contrato. Existencia del acuerdo, contenido del mismo y alcance de los derechos y los deberes allí establecidos, son algunos de los temas más significativos. Y si bien el cumplimiento espontáneo hará innecesaria la prueba, al momento de celebrar el negocio no es dable anticipar, con certeza, cuál será su destino. De donde es aconsejable, enfáticamente, hacer el contrato por escrito y hacerlo de manera que, a la hora de probar, surjan los efectos queridos, el fin buscado.

"La finalidad de la actividad probatoria es producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados" (PALACIO).

En síntesis, probar, en derecho, significa demostrar en el presente hechos y actos, generalmente pasados, a los cuales por aplicación de las reglas legales correspondientes, producirán determinados efectos jurídicos.

La prueba es la demostración de un hecho o acto jurídico con los medios que, para el caso autoriza la ley, permitiendo al Juez dar al pleito una solución racionalmente persuasiva, mediante el convencimiento en él, de verdad o falsedad, de una afirmación.

2. LA PRUEBA: CONCEPTO

Tal como se señaló, conforme una clásica noción, se entiende por prueba la demostración de un hecho del que depende la existencia de un derecho. Tal comprobación puede ser no sólo de un suceso sino también de un acto jurídico.

En el campo de los contratos el problema de la prueba se presenta en dos aspectos: la del contrato, es decir la demostración de su celebración y contenido; y la acreditación de los hechos que tienen su origen en aquél y que pueden originar una cuestión que debe llevarse a juicio y allí confirmarse.

Como regla general son los hechos o los actos los que deben probarse y no las reglas jurídicas, pero excepcionalmente la existencia de éstas también deben ser materia de prueba, como ocurre cuando se trata de ley extranjera o de usos que revisten eficacia normativa.

Cualquiera de las partes que afirma la existencia de un hecho, al cual asigna determinadas consecuencias jurídicas, debe alegar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de la norma o normas invocadas en apoyo de su actitud procesal.

De ahí surge la actividad probatoria, que incumbe primordialmente a las partes, la cual deberá desarrollarse dentro de los límites del proceso y cuyo fin esencial, más allá de la fijación de los hechos controvertidos, será buscar la verdad real o material del asunto bajo examen judicial. Tal actividad debe llevar al ánimo del juez una certeza psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados.

Cuando se piensa en la prueba de un contrato, se lo hace tomando en cuenta la que pueden argüir las propias partes, sin intervención de ninguna otra persona ajena; también, la que se plantean los asesores jurídicos de aquéllas, antes, durante o después de concluido el acuerdo.

Además, se toma en cuenta la prueba procesal rendida ante el juez, para que el magistrado resuelva uno o más puntos en controversia.

Recordemos que como explicamos en la clasificación legal de los contratos existen los que denominamos formales probatorios o *ad probationem* y que son aquellos en que la forma es simplemente un requisito de prueba. La validez del contrato no está en juego, sino sólo su acreditación.

Es decir que, si no se observa la forma prevista, el acto no será nulo. El cumplimiento del recaudo exigido por la ley sólo está previsto a los fines de acreditar la existencia del acto.

3. PRINCIPIOS EN MATERIA DE PRUEBA

Hay ciertos principios generales que rigen el tema de la prueba y que, pese a ser materia de índole procesal, es necesario hacer una referencia sucinta a ellos, por las consecuencias que proyectan sobre el tema.

a) El principio de unidad de la prueba

Los diferentes medios no pueden ser considerados en forma independiente cada uno de ellos, sino que deben serlo en su conjunto. Los que aisladamente pueden ser imprecisos o insuficientes, en su totalidad pueden llevar a la convicción al juez sobre la existencia o no de hechos litigiosos. En este sentido, este principio se encuentra vinculado con el sistema de la "sana crítica".

Tampoco se puede establecer una separación entre los aportados por las distintas partes. En virtud de la regla de adquisición procesal cada prueba no beneficia o perjudica al que la propuso, sino al tribunal. Este aspecto para algunos autores es tratado como principio de comunidad o de adquisición de la prueba.

b) El principio de prelación de los medios de prueba

Si bien todos los medios de prueba sirven para la reconstrucción y reestablecimiento de la verdad y como se ha visto existe un principio, ambos presupuestos no suponen que deba asignarse igual eficacia a todos los medios.

No todos los medios merecen la misma valoración. Ciertas categorías prevalecen sobre otras; por un lado, en un extremo se encuentra la confesión que excluye de la controversia los puntos reconocidos. Su significación es extraordinaria, pues las circunstancias objeto de ella no pueden ser cuestionadas. Su prelación respecto de otros medios ya resulta desde la antigüedad, a través de aforismos clásicos tales como *probatio probatissima o confessus pro iudicato habetur*, previstos inclusive en las XII Tablas con de *aere confeso rebusque iudicatis*.

c) El principio de carga de la prueba

El mismo, denominado también *onus probandi*, supone que la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido debe demostrarlo si intenta fundar en él su acción o su excepción. Así, por ejemplo, quien alega un derecho en base a un contrato debe probar la existencia de éste; a su vez, el demandado que alega un hecho modificativo o extintivo (un contrato ulterior, una renuncia, etc.) debe también probarlo. Éstas son reglas absolutas; en el derecho moderno prima el concepto de que los litigantes tienen un deber de lealtad que los obliga a colaborar en la medida de sus posibilidades al esclarecimiento de la verdad y, por consiguiente, a aportar las pruebas encaminadas a tal fin, que obren en su poder. Y a veces los jueces han declarado que la indiferencia o inercia de la parte pueden constituir una presunción en su contra. Así por ejemplo, quien invoca una simulación debe probarla, pero si el demandado guarda una actitud de sospecha inercia, sin aportar pruebas que de existir demostrarían su inocencia, su conducta importa una presunción de la verdad de los hechos alegados por el actor.

El art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su apartado segundo adopta el principio de la distribución de la certeza, sin consideración a la calidad de las partes en el proceso o el carácter de los hechos a verificar. Se establece que: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido... Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción".

Lo que significa que si el hecho controvertido es la existencia misma del contrato, la carga probatoria incumbe a quien la invoque. De allí que se tenga resuelto "si el actor peticiona en función de un contrato verbal, a él le incumbe la prueba de su existencia y la extensión y alcance de las respectivas contraprestaciones".

La rigidez de todo esquema procesal que consagra la distribución de la carga de la prueba se ve auxiliada por las "cargas probatorias dinámicas", en tanto desplazan hacia una u otra de las partes para que, en función de las circunstancias del caso, sean éstas quienes determinen cual de los sujetos del proceso se halla en mejores condiciones de producir prueba.

d) El principio de la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Consiste en un sistema de apreciación judicial de la prueba basado en la libre convicción. El juez no está atado a la necesidad de tener por probado un hecho por más que concurran determinadas circunstancias, él puede formarse criterio sobre el caso libremente, según su convicción, y tener por probado un hecho o tenerlo por no probado, según su razonamiento lo indique.

Una variante de este sistema de las libres convicciones es el de la sana crítica, que funciona sobre el esquema de las libres convicciones, pero exige que el juez exhiba el proceso de razonamiento que lo ha llevado a su conclusión, que diga por qué tiene por probado un hecho, por qué desecha de terminada declaración testimonial, etc. Esto constituye garantía fundamental para el sujeto de derecho, pues le permite saber la razón que motivó el pronunciamiento judicial.

El sistema procesal actual está armado sobre el esquema de la sana crítica. El art. 386 del Código Procesal establece que "salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con la regla de la sana crítica. No tendrá el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas la pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

e) El principio de contradicción de la prueba

Supone que la producción o realización de la misma necesariamente debe efectuarse con intervención o audiencia de la parte contraria, como modo de posibilitarle el control. Se vincula con el derecho de defensa en juicio de raigambre constitucional (art. 18C.N.).

f) Principio de amplitud probatoria

Es decir, posibilitar amplitud en la admisibilidad de la prueba, principalmente en los supuestos de duda, como un modo de acceder a la mayor verdad objetiva. Tal pauta también haciéndola extensiva a favor de admitir los medios probatorios.

A todo ello cabe agregar que no resulta procedente la prueba obtenida a través de una actividad ilícita que de otro modo no se hubiera procurado. Incluye todos los supuestos en que se encuentra involucrada la tutela

de los derechos fundamentales de la persona, extendiéndose a toda aquella obtenida por medios ilegales, a la contraria a la ley, a la moral, la libertad de las personas. La prueba ilícita es inválida y no debe admitirse su producción.

Por su parte, debería erigirse como principio que el juzgador opere con efectiva intermediación en la producción de la prueba. Es decir, que tenga contacto directo y personal. La delegación en auxiliares conspira con lo que debe ser una efectiva e integral valoración de la prueba.

4. CUESTIÓN CONSTITUCIONAL: MEDIOS DE PRUEBA Y MODOS DE PRUEBA: CÓDIGO DE FONDO Y CÓDIGOS DE FORMA

Es tradicional la controversia relativa a si esta materia de la prueba debe ser regulada por el código de fondo —Civil y Comercial— o por los códigos de procedimientos, o bien por ambos. En el último supuesto, qué aspectos de la prueba corresponden a uno u otro ámbito.

En la esfera de los contratos se encuentra una pauta básica que supone disponer de los medios por los cuales la ley reconocerá la existencia misma de tal acto jurídico. Limitar esta cuestión tan sólo al derecho procesal, implica el riesgo de producir una fractura en la unidad del orden jurídico privado nacional.

En general la doctrina ha coincidido en distinguir entre medios para probar los contratos, que se encuentran en la legislación de fondo; de los modos, que se encuentran reservados a la esfera estrictamente procesal.

Corresponde analizar la cuestión del sistema constitucional, de conformidad con lo establecido en art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional en cuanto a que los Códigos de fondo deben ser leyes nacionales y contener disposiciones de tal naturaleza —de fondo y con alcance nacional—. Por su parte, los de forma deben ser provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En tal sentido concuerda la norma constitucional referida, en cuanto determina que los códigos nacionales no deben alterar las jurisdicciones locales.

Dicha norma constitucional no incluye a los códigos de procedimientos entre los que debe dictar el Congreso de la Nación. En consecuencia, según lo señala el art. 121 de la Constitución Nacional tales ordenamientos constituyen materias propias de las autonomías locales, en tanto ellas conservan todo el poder no delegado en el Gobierno Federal.

Por ello la organización de la justicia local y de los procedimientos para reclamar el reconocimiento de los derechos ante ella, corresponde a cada una de las provincias argentinas y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A partir de esta disposición constitucional resultaría que las normas sobre la materia contenidas en los Códigos Civil y de Comercio eventualmente podrían ser inconstitucionales, pues aparecería el Congreso de la Nación invadiendo la esfera reservada por las provincias. Pero cabe señalar que el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional tiende a asegurar la unidad jurídica sustancial del país y de allí que encomiende al Congreso de la Nación el dictado de los códigos de fondo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado sobre el tema que: "...el Congreso tiene facultades para dictar normas procesales en tanto y en cuanto ello sea necesario para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo" (Fallos: 173: 303; 138: 157; 139: 5).

Así, constituye materia propia del código de fondo todo lo que concierne al señalamiento de los diversos medios de prueba admisibles para demostrar la existencia de un hecho o acto jurídico, las limitaciones en el empleo de ellos y las condiciones especiales que un medio de prueba debe reunir para ser eficaz. A tal ámbito se lo denomina teoría de los medios de prueba.

Por su parte, es propio de la esfera de los códigos de forma o de procedimientos todo lo relativo a las cuestiones de la forma de producción en juicio de la prueba y a la valoración de la misma por el Juez o Tribunal. A tal esfera se la denomina teoría de los modos de prueba.

Gran parte de la doctrina señala que lo expuesto anteriormente no significa que los códigos de procedimientos no puedan ampliar o complementar la enumeración de los medios con otros no previstos por la ley de fondo.

En todo caso, lo que no podría hacer la ley procesal es limitar la enumeración que se realiza en el código de fondo, o modificar las condiciones de procedencia, o de eficacia, que respecto a cada uno de ellos este último reglamenta.

5. MEDIOS Y MODOS

Se puede conceptualizar como "medio de prueba", todo instrumento, cosa, suceso o circunstancia en virtud de los cuales el juez o tribunal, encuentra y determina el motivo de su convicción. Es decir, son aquellos de que se valen las partes en litigio para llevar al ánimo del juez la convicción, conforme la sana crítica, acerca del modo en que ocurrieron los hechos en que pretenden fundar su derecho.

Se ha señalado que tales medios son ilimitados, a menos que ofendan a la moral, las buenas costumbres o el orden público (SPOTA). Tal criterio se encuentra consagrado en disposiciones de forma, tal como, por ejemplo, el art. 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A su vez, se puede decir que los modos de prueba son las modalidades con que se pueden hacer valer los medios en los distintos procesos judiciales, tales como los plazos de prueba, oportunidad de su ofrecimiento, limitaciones, producción, caducidad, efectos, valoración, etc.

LAFAILLE ha clasificado a los primeros en: a) *directos*: permiten al juez percibir por sí mismo los antecedentes que tienen relevancia para la sentencia (inspección ocular, prueba documental, declaraciones testimoniales, etc.) y b) *indirectos*: solo logran ese efecto mediante el método deductivo reconstruyendo los hechos controvertidos con el auxilio de otros hechos distintos (presunciones).

Otra clasificación posible es la que distingue entre concomitantes al acto (o preconstituidos) y los posteriores a aquél.

Los primeros son los que las partes previeron y otorgaron al momento de celebración del acto, justamente con una finalidad de prueba en un momento ulterior, como por ejemplo los instrumentos por escrito, o el caso de planos, fotografías, etc.

6. MARCO CONSTITUCIONAL

Los medios de prueba y sus modos de producción deben encuadrarse dentro de la garantía constitucional del debido proceso e inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18 de la Constitución Nacional), de la legalidad y doble instancia; por ende, resultarán nulos los actos que vulneren las garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de ellos (ver, al respecto, lo dispuesto por el art. 13, inc. 3º, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

7. BREVE REFERENCIA A LOS SISTEMAS DE PRUEBA: PRUEBA LEGAL, LIBRE CONVICCIÓN, SANA CRÍTICA. SISTEMA ADOPTADO POR NUESTRA LEGISLACIÓN

7.1. Sistemas de prueba

Con esta denominación se hace referencia al que se adopta para apreciar, valorar y aplicar la prueba producida en un proceso.

a) De la prueba legal

La prueba legal o tasada; es propia del viejo derecho, donde se establecían ciertos grados de valoración de cada medio y más particularmente en la prueba testimonial. Resabios de la prueba legal o tasada, se encuentran en la moderna legislación como pueden ser las tachas de los testigos tendientes a desaparecer en la actualidad. Antes se podía tachar a los testigos, por causales absolutas. Por ejemplo, se entendía que el testimonio del noble desvirtuaba al de los que no lo eran.

Cierto grado de la prueba legal, persiste en la imposibilidad de probar contra la prueba documental a través de testigos.

b) De la libre convicción

Es un sistema por el cual se confieren al juez atribuciones para formar conciencia dentro del proceso y aun fuera de su contexto al extremo de poder contrariar sus constancias.

Por citar un ejemplo, en el art. 1º, inc. 2º, del Código Suizo se faculta al tribunal a convertirse en una especie de legislador en las situaciones no previstas en las leyes positivas.

c) De la sana crítica

Existe un sistema intermedio generado por el abuso y el resultado injusto de las graduaciones antiguas que condujo, ya en el derecho español, a reemplazarlas por las reglas de la sana crítica la cual trascendió al conjunto de la ley procesal.

Según COUTURE es el conjunto de las reglas del correcto entendimiento humano, en que a la vez intervienen los principios de la lógica con los derivados de la experiencia judicial.

Es el sistema adoptado en nuestro medio, así por ejemplo, lo disponen el art. 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y el art. 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Por dicho principio los jueces en el acto de dictar sentencia forman su convicción respecto de la prueba conforme con su leal saber y entender. También se lo denomina de la sana lógica.

8. MEDIOS DE PRUEBA: ENUMERACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. CONCEPTOS Y EXAMEN DE LOS DIVERSOS MEDIOS

En primer lugar cabe señalar que el nuevo texto del Código Civil y Comercial de la Nación suprime la enumeración de los arts. 1190 del Código Civil y 208 del Código de Comercio, señalando que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llevar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica. Especialmente destaca que aquellos que sean de uso instrumental no pueden ser probados únicamente por testigos.

Luego estipula que los contratos formales solemnes sólo se juzgan probados en la forma prescripta. En cambio, en aquellos en que la formalidad solo es requerida a los fines probatorios, dispone que puedan ser probados por otros medios si hay imposibilidad, principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución.

Tal como surge del art. 1019 del CCC, "Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos".

Por otro lado, el art. 1020 del CCC, dispone que: "Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato".

Así las cosas, conforme se desprende de la nueva redacción de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación puede observarse que contempla una regla general muy amplia y además hace referencia a que la evaluación de la probanza debe hacerse teniendo en cuenta las normas de la sana crítica y de acuerdo a lo dispuesto en las normas procesales.

Como única excepción al art. 1019 CCC se establece que cuando se hubiera establecido un medio probatorio específico —ya sea por disposición legal o por acuerdo de las partes—, esto no sería aplicable y rige entonces lo dispuesto en el art. 1020 del CCC.

Antes de la reforma, tanto el Código Civil como el de Comercio y leyes complementarias contenían disposiciones relativas a los medios de prueba admisibles con relación a diversas materias reguladas por dichos ordenamientos. Ellos serán brevemente mencionados a continuación, sin perjuicios de puntualizar la existencia de otro tipo de leyes sustanciales que incursionan en el mismo tema.

En materia de contratos el antiguo código civil, en su art. 1190, contemplaba que los contratos podían probarse solo por los modos que disponía los códigos de Procedimiento de las provincias federales, estos eran: 1) Por instrumento Público; 2) Por instrumento particulares firmados o no firmados; 3) Por confesión de partes, judicial o extrajudicial; 4) Por juramento judicial; 5) Por presunciones legales o judiciales y 6) Por testigos.

A su vez, el código de Comercio de la Nación, en su art. 208 establecía que los contratos comerciales podían justificarse por: 1) Instrumentos Públicos; 2) Por las notas de los corredores y certificaciones extraídas de sus libros; 3) Por documentos privados, firmados por los contratantes o algún testigo a su ruego y en su nombre; 4) Por la correspondencia epistolar y telegráfica; 5) Por los libros de comerciantes y las facturas aceptadas; 6) Por confesión de parte y juramento; 7) Por testigos y; 8) Por presunciones.

Cabe destacar que la enumeración de los arts. 1190 del Código Civil y 208 del Código de Comercio no era taxativa.

Es preciso señalar que, el antiguo Código Civil sentaba algunas reglas sobre la prueba de los contratos, esto es para determinados contratos típicos, se establecía específicamente el medio de prueba. (Por ejemplo, cesión de créditos (arts. 1454 a 1456), depósito voluntario (art. 2201), fianza (art. 2006), mutuo (art. 2246), comodato (art. 2263), contrato de locación urbana ([art. 1º de la ley 23.091](#)), contrato de seguro ([art. 11 de la ley 17.418](#)).

No obstante, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como los códigos provinciales modernos, ha optado por establecer una amplia directiva en lo que a la materia concierne. Dispone, en efecto, el art. 378, que: "La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecte la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez".

En este sentido, el art. 1190 del Código Civil no mencionaba la prueba pericial. El art. 208 del Código Comercio no incluía las pericias, inspecciones oculares, informes a entidades representativas de ciertas actividades.

Lo hasta aquí expuesto pone en manifiesto la falta de unidad metodológica que existía antes de la reforma, así como también y un innecesario enunciado de los "medios de prueba". Aun admitiendo su carácter no taxativo, aparece como suficiente la inclusión de un texto legal, que con carácter general establezca que los contratos puedan (deban) ser probados por todos aquellos medios de prueba que posean suficiente aptitud (idoneidad) para llevar (al juez) a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica. Obviamente deberán constituir excepción al referido principio, aquellas hipótesis particulares que, por razones de política legislativa, impongan la prueba por un medio específico.

Los distintos medios de prueba: conforme lo dispuesto en la nueva redacción, debemos remitirnos a lo que disponen las leyes procesales vigentes.

8.1. Instrumentos públicos

Su eficacia deriva de la presencia del funcionario público y de la sujeción a las reglas prescriptas para la ley para su confección. Su fuerza probatoria es muy grande: hacen plena fe de los hechos cumplidos por el oficial público o pasados en su presencia, entre partes y frente a terceros, no así de los hechos que las partes se han limitado a narrar al oficial público —no cumplidos en su presencia—. La fuerza probatoria puede ser destruida por una acción civil o criminal de falsedad —querrela de falsedad—.

8.2. Instrumentos privados

Los instrumentos privados denominados así por no requerir la presencia del oficial público, condicionan su eficacia probatoria al reconocimiento de la firma y, además, frente a terceros, al logro de una fecha cierta.

La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, el texto en examen alude a los instrumentos "no firmados". Pese a la oposición de un sector de la doctrina, que juzga viciosa esta denominación, otro sector mayoritario, sostiene que no existen obstáculos para que el documento meramente probatorio esté firmado o no; podrá no valer como instrumento formal de un acto jurídico o de un contrato, pero puede tener relevancia probatoria, como "principio de prueba", que hace verosímil los hechos afirmados.

8.3. Confesión de parte

Enseña la doctrina que la confesión es la declaración que hace una parte, en sede judicial —confesión judicial— o fuera del juicio —extrajudicialmente, que requiere ser luego demostrada—, acerca de la verdad de los hechos desfavorables a ella, que la perjudican y, por tanto, favorables a la otra parte. Con la confesión, desaparece el contraste, la controversia y, en consecuencia, se supera la necesidad de suministrar la prueba.

Según LESSONA "Es la declaración judicial o extrajudicial, espontánea o provocada, mediante la cual una parte capaz de obligarse, y con ánimo de proporcionar una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo".

Debe contemplar tres aspectos esenciales: quien la presta debe ser persona capaz pues se trata de un acto de disposición, referir a un hecho controvertido, propio de la conducta personal del confesante, posible lícito, en su perjuicio y a favor de la contra parte y con la efectiva intención de hacerlo *animus confitendi*.

La confesión es la declaración emitida por cualquiera de las partes respecto de la verdad de uno o más hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorable para ella y favorable para la otra parte, es decir que puede producir efectos en su contra.

En algún caso se la ha distinguido del reconocimiento de instrumentos privados, señalando que éste versa sobre la firma del documento, en tanto que la confesión se refiere a hechos precisos y determinados.

Admite varias clasificaciones.

a) Por una parte, puede ser judicial o extrajudicial.

La primera es la aportada en un proceso y se obtiene mediante la denominada procesalmente absolución de posiciones, que consiste prácticamente en la presentación por quien la requiere de un "pliego de posiciones" cuyo contenido radica en una nómina independiente de aseveraciones a las cuales el absolvente tiene que responder obligadamente, por sí mismo, de palabra y sin valerse de consejos ni borradores, por alguna de las siguientes opciones: "Sí es cierto" o "No es cierto". Recién luego de tal respuesta puede formular las aclaraciones que juzgue pertinentes. Las posiciones deben ser formuladas de manera clara y concreta, redactadas en forma afirmativa, no debiendo contener cada una de ellas más de un hecho y su contenido debe versar sobre puntos controvertidos que refieran a la actuación personal del absolvente (conf. art. 411 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Cada posición importa para el ponente el reconocimiento del hecho a que se refiere. Si el citado no comparece, se rehusar a responder o manifestare no recordar podrá ser tenido por confeso al tiempo de dictar sentencia sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias y demás pruebas, así como que resulte inverosímil la contestación en el último supuesto (conf. arts. 413 y 417 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

b) A su vez, dentro de la "judicial" se puede distinguir entre la expresa o la ficta.

En el primer caso, se trata cuando el absolvente la ha manifestado específica e inequívocamente.

La restante abarca los supuestos de negativa, respuestas evasivas o imprecisas en los que el tribunal puede tenerlo "por confeso". En tal hipótesis se ha sostenido que la misma no puede desvirtuar constancias instrumentales. También que suscita una apreciación especial el valor de los hechos desconocidos cuando con anterioridad fueron objeto de admisión.

La confesión judicial, aún la ficta, proyecta gran fuerza probatoria en el proceso, conforme lo expuesto al tratar el principio de prelación de los distintos medios.

La confesión extrajudicial es la que se brinda en forma exterior al trámite del proceso. La misma debe ser objeto de prueba como cualquier otro hecho. Pero no puede ser probada por testigos si se refiere a prueba de contratos.

La extrajudicial se debe probar por otros medios y hay ordenamientos procesales que no admiten la prueba testimonial para probarla sino mediando principio de prueba por escrito.

c) Puede extenderse en forma verbal o escrita.

d) Asimismo, se puede clasificar en espontánea —cuando de tal modo la expone el confesante— y provocada, cuando se le requiere, lo que sucede en juicio del modo relatado anteriormente.

e) También se puede separar en divisible o indivisible y en simple, calificada, o compleja.

8.4. Juramento

El juramento es, para la mejor doctrina, "la reafirmación en una forma solemne de lo antes afirmado": la parte que sostuvo haber sufrido daños jura luego que su cuantía llega a tanto o a cuanto. La misma doctrina entiende que la posición del legislador, y la del juez, frente al juramento, es de "escepticismo crítico" (COUTURE), en la medida en que ha perdido por razones que resultan obvias, el prestigio que tuvo en algunas épocas y en ciertas legislaciones procesales.

Empero, cabe distinguir: el juramento decisorio, que significa tanto como librar a esa "afirmación solemne" el resultad de un litigio, del "juramento supletorio", por el cual se completa la prueba, cuando la demanda o las excepciones no están plenamente probadas, pero, a la vez, no están desprovistas de demostración.

En antiguas formas procesales se admitía el juramento decisorio, que se daba cuando una de las partes defería en la contraria la solución de una cuestión litigiosa.

También puede ser judicial o extrajudicial, aunque este último no está aludido expresamente el código. El judicial pertenece al ámbito del derecho procesal.

Además, puede ser —de acuerdo a normas procesales ya derogadas— decisorios, cuando se presta para definir un tema o litigio controvertido, o estimatorio —a veces llamado supletorio—, cuando se jura para estimar el monto de una condena o indemnización.

El supletorio estuvo previsto al efecto de completar una prueba que fuera considerada imperfecta, como por ejemplo, en una demanda de daños y perjuicios a fin de determinar el monto (contemplado, por ejemplo, en el art. 220 de un antiguo Código Procesal de la Capital Federal y también en anteriores ordenamientos de algunas provincias).

El juramento, en la actualidad, ha ido desapareciendo de los códigos procesales, debido a que, prácticamente, devino irrelevante y cayó en el *desuetudo*.

8.5. Testigos

El testimonio brindado por un testigo, persona física ofrecida por una de las partes, que reconoce de los hechos que se debaten, por haber ellos, "impresionado sus sentidos", en un medio probatorio vulgarizado y, a la vez, puesto muchas veces "en tela de juicio"; observado con base en la denominada "crítica del testimonio", que tiene en cuenta los errores que pueden mediar en la retención sensorial de los hechos, primero, y luego en su reproducción en juicio. El juez valora la credibilidad del testimonio atendiendo a las circunstancias y motivos que corroboran o disminuyen la fuerza de la declaración. Así lo dicen los códigos procesales. Son aspectos importantes la "tacha de los dichos" por la contraparte o la denuncia penal por "falso testimonio".

PALACIO define a este medio de prueba como aquella que es suministrada mediante declaraciones emitidas por personas físicas distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre ellos. Se trata de terceros que son citados a prestar declaración testimonial en un proceso sobre hechos o sucesos que han pasado bajo la acción de sus sentidos.

Se puede concluir que la prueba testimonial, en caso de corresponder y existir siempre debe ser considerada y apreciada combinándola con otras, en principio con un criterio restrictivo a los dichos de los testigos. Es claro que no se puede prescindir totalmente de ella pues hay determinados hechos, circunstancias y hasta contratos que no se pueden acreditar de otro modo.

8.6. Presunciones

Las presunciones como medio probatorio de un contrato —distintas a las "presunciones legales" o formuladas por el legislador— son inferencias o deducciones que hace el juez a partir de hechos arrimados por las partes que se denominan "indicios". Estos hechos deben estar suficientemente comprobados. Las presunciones hacen plena prueba sólo cuando por su gravedad, número o conexión con el hecho que se trata de demostrar son capaces de producir convencimiento, apreciadas según las reglas de la sana crítica.

Es un componente que, por vía indirecta, lleva al convencimiento del juez respecto a los hechos, cuando son insuficientes o inexistentes otros medios para acreditarlos.

Se pueden clasificar en legales y judiciales.

En el primer supuesto, son las establecidas por la ley (de un antecedente, se supone o presume una conclusión o consecuencia).

Se subdividen en:

- a) Absolutas, también llamadas *iuris et de iure*, porque no son susceptibles de prueba en contrario.
- b) Relativas o *iuris tantum* que admiten prueba en contrario. Estas, en principio, suponen casos de inversión de la carga de la prueba.

Las llamadas judiciales son aquellas en las cuales los jueces deducen por indicios que se desprenden de la realidad de los hechos, fundamentalmente a través de su experiencia.

Las *presumptiones hominis* cabe admitirles aptitud probatoria en tanto concurre un conjunto de circunstancias. Se impone la pluralidad pues un solo indicio no es suficiente para extraer consecuencias, agregándose que deben ser directos, precisos, graves y concordantes.

Hay casos donde las presunciones pueden tener significativa incidencia, como en el supuesto donde se extravió el título, ya que pueden proyectar consecuencias tanto sobre la pérdida como de la existencia de la obligación que se controvierte.

Las presunciones claramente admitidas por el orden procesal, son las legales. Además, la doctrina distingue entre hechos no admitidos y hechos notorios, que pueden eventualmente producir derechos para las partes, en tanto sobre ellos se edifiquen reglas jurídicas legales, consuetudinarias o que respondan a los principios generales del derecho.

En materia de presunciones se aplica principalmente la ley formal, la cual es diversa según las distintas jurisdicciones.

Se plantea el interrogante si se trata de un medio de prueba que no tiene restricciones o, por el contrario se encuentra comprendido dentro de los límites de la prueba testimonial (LAFAILLE).

8.7. Informes

Los informes emanados de "oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas", respecto de "actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registro contables de informantes" son medios de prueba; asimismo, "podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes testimonios o certificados, relacionados con el juicio (art. 396 Cód. Proc.). Puede pedirse que los informes sean contemplados, e impugnárselos por falsedad, caso en el que "se requerirá la exhibición de los asientos contables o de los documentos y antecedentes en que se fundare la contestación" (art. 403, CPCC).

La [ley 23.187](#) de ejercicio profesional de la abogacía (art. 8) permite al abogado requerir directamente informes a las oficinas públicas, así como "tener libre acceso personal a archivos y demás dependencias administrativas en las que existan registros de antecedentes", salvo los de carácter estrictamente privado o declarados reservados por la ley.

8.8. Pericial

La prueba de peritos es admisible "cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada" (art. 459 del CPCC), cuya fuerza probatoria estima el juez "teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden, la concordancia de sus aplicaciones con la regla de la sana crítica y demás pruebas y elementos con convicción que la causa ofrezca" (art. 476 del CPCC).

Una variante es el informe científico o técnico, que puede ser solicitado "a academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científicos o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización" (art. 477 del CPCC).

8.9. Reconocimiento Judicial

El Código procesal ha asignado la designación más apropiada de *reconocimiento judicial* a la denominada *inspección ocular*, ampliándose "las facultades del juez, quien podrá ordenar otras medidas complementarias, tendientes a la efectividad de la diligencia". Con la presencia del juez (art. 480, CPCC) se puede llevar a cabo el reconocimiento judicial de lugares o de cosas, y disponer la comparecencia de testigos y peritos para la ejecución de planos, relevamientos, proyecciones, etc., así como exámenes científicos y reconstrucción de hechos (arts. 479 y 473, Cód. cit.).

9. OTRAS PRUEBAS NO ENUNCIADAS, DISCUSIÓN. REFERENCIA A LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

Son múltiples las pruebas que pueden presentarse en juicio, a las cuales hay que agregar las provenientes de los modernos contratos.

Históricamente se ha venido comprobando la importancia de otras como la prueba pericial, inspección ocular, fotografías, filmaciones, grabaciones telefónicas, télex, telefotos, radiogramas, fax, correo electrónico, etcétera. Resulta insuficiente imaginar o prever los diversos medios presentes o futuros a que puede dar lugar el avance de la ciencia y tecnología.

Como se ha visto, la nueva redacción del Código admite todos los medios probatorios aptos. Si bien se trata de un término amplio y genérico, ello se encuentra salvado a través de los códigos procesales. En general en éstos se ha previsto y regulado, además de los medios previstos en la ley de fondo, la prueba pericial, la informativa, la fonográfica (grabaciones), inspección ocular, etc., que por sí o coadyuvando a otros medios, presentan utilidad para acreditar actos o hechos.

9.1. Prueba científica

Para PEYRANO, la prueba científica es de ordinario, una variante de la prueba pericial, calificada por la idoneidad del experto que la práctica y se caracteriza, también, por el uso de avances notorios y recientes en los campos de la ciencia y tecnología.

Suele además singularizarse por el método empleado, su calidad empírica y la posibilidad de repetir los experimentos llevados a cabo por el experto participante. Como ejemplos de ella señala al test de ADN, la identificación de la voz mediante el espectrógrafo y las biológicas en sentido amplio como es la hematológica.

Se puede aseverar que es una pericia de "autoridad", en el sentido de que su alta confiabilidad puede resultar aún incrementada por el prestigio del perito interviniente.

Según este acreditado autor no es un nuevo medio de prueba. No siempre la denominada prueba científica genera certeza absoluta y tampoco resulta infalible.

No obstante, sostiene que su aparición con posterioridad a la consolidación de una cosa juzgada, puede ser invocada con el objeto de cancelar la fuerza vinculante de esta última.

9.2. Medios electrónicos

9.2.1. Del documento en general

Por la importancia que presentan, referir a los distintos tipos de documentos obliga a efectuar una consideración general sobre ellos, máxime ante la realidad comprobable en los últimos tiempos con la aparición de los denominados "electrónicos o digitales".

Los hechos, los actos y las declaraciones pueden ser representados por el relato de los propios sujetos que intervienen en ellos, o bien por el de terceros. En ambas hipótesis depende de personas físicas. En el ámbito jurídico y más particularmente cuando se actúa en un proceso tales supuestos aparecen en las denominadas prueba de confesión y testimonial, respectivamente.

Pero además de tal traslación por medio de personas físicas, también se han hecho constar en cosas o documentos.

La noción de documento desde el punto de vista jurídico es el resultado de una larga evolución consuetudinaria, legislativa y científica que se ha ligado a la valoración legal de los medios de prueba en materia contractual.

Finalmente al computador, donde la escritura se proyecta a través de lo que conocemos como procesadores de texto. Pero éstos están asociados a un sistema electrónico conformado por unas especies de nuevos lenguajes de comunicación universales, específicos de dicho ámbito.

Los beneficios de la escritura a través de un lento proceso, pasaron de ser un privilegio de una clase determinada para integrar una cultura general, y con ello se fue receptando en la legislación al mismo tiempo que a ir asignándole importancia a la prueba escrita.

Excede el marco de esta obra, realizar un análisis exhaustivo del concepto de documento. Por ello, en síntesis, partiendo del brindado por CHIOVENDA, pasando por las diversas acepciones que se han venido aportando particularmente por DEVIS ECHANDÍA y KIELMANOVICH, se puede conceptuar al documento como:

"Un elemento directa o indirectamente material, producto de la actividad humana, utilizado para asentar en él pensamientos, ideas, declaraciones, hechos, etc.; registrados al tiempo de su confección; con aptitud, idoneidad y finalidad de conservar, demostrar y representar por sí mismo lo asentado en un momento ulterior, dando conocimiento de su contenido en forma perceptible a los sentidos por algún método o sistema reconocido por la ciencia o la técnica".

La importancia del documento reside en el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene, sea con la finalidad de dar nacimiento a la relación jurídica o de servir de prueba acerca de su existencia en un momento ulterior.

Dentro del género de documentos se encuentran: los instrumentos públicos, los privados, los que encuadran en la calificación de "particulares", distintos tipos de asientos o constancias englobadas en pruebas escritas no firmadas (asientos o registros contables, libros de comercio, papeles de comercio, registros de administraciones ajenas, libros de colonia, libretas de trabajo, etc.) telégrafo, fonógrafo, radiografías,

fotografías, cintas magnetofónicas, películas cinematográficas, videograbaciones, contraseñas, dibujos, planos, discos, y todo otro elemento con aptitud representativa del contenido asentado.

Del progreso tecnológico ha surgido una nueva especie de documento al que se ha denominado electrónico o informático.

Constituye un hecho notorio en la sociedad actual la difusión, significación y progreso en su utilización en diversos aspectos, tales como medio de comunicación, de marketing y publicidad, de suministro de información, de almacenamiento o archivo, de modo de instrumentación de distinto tipo de actos y actividades; y también de vía de celebración de contratos.

Las computadoras, los sistemas informáticos, la red de Internet, el denominado *e-commerce* han constituido una revolución pocas veces registrada en la historia de la humanidad, resultando innecesaria la vasta gama de aplicaciones que presentan actualmente por notorias.

Las situaciones descriptas implican de algún modo un proceso de desmaterialización documental, tal como se vino entendiendo tradicionalmente al "documento".

Por tanto para esos fines la prueba documental debe ser entendida en el sentido más amplio posible, comprendiendo, en consecuencia, también los modernos medios electrónicos de información, sean éstos circuitales o constituidos por mensajes electrónicos sobre soportes magnéticos (documentos electrónicos en sentido estricto) o sean documentos formados por el elaborador (documentos electrónicos en sentido amplio).

La posibilidad de producir o admitir los documentos electrónicos como medio de prueba significa que no hay norma alguna que inhiba al juez para utilizarlos a dicho fin o que prevea su admisibilidad solo en el caso de falta de otros medios de prueba o que imponga una determinada eficacia probatoria de ellos. Esto, por lo demás, no significa que al documento electrónico el juez deba, en todos los casos, atribuirle plena atendibilidad, sino después de una adecuada valoración de su autenticidad.

El documento escrito se caracteriza por la fijación de un mensaje sobre un soporte material, en un lenguaje destinado a la comunicación. Desde este punto de vista no se puede desconocer que un documento electrónico puede asumir el valor de acto escrito, pues contiene un mensaje (que puede ser texto alfanumérico, pero también un diseño o un gráfico) en un lenguaje convencional (el de los *bit*), sobre un soporte material (en general cintas o discos magnéticos o memorias en circuito) y destinado a durar en el tiempo (aunque en modos diversos según que se trate de memorías de masa, volátiles, ROM o RAM).

Aun cuando normalmente se entienda por documento el redactado en el que consta la escritura tradicional, ello no excluye que pueda ser considerada escritura a la manifestación material de cualquier lenguaje natural o convencional; y, por consiguiente, también la manifestación material de los bit, lenguaje de los documentos electrónicos.

9.2.2. Documento electrónico o digital

No resulta fácil establecer su concepto. El tema impone una necesaria conciliación de todo lo que es propio de la informática (su lenguaje, su técnica, sus medios, seguridades, almacenamiento, etc.) con las pautas que rigen los instrumentos o documentos en el ámbito jurídico y particularmente la adaptación a tan invasora nueva situación.

Ello ha obligado a la interacción y aprehensión recíproca de los conocimientos indispensables de ambas esferas.

En ciertos proyectos o normas jurídicas se ha realizado una aproximación a la noción, más bien, desde un punto descriptivo (así en el art. 2º del modelo de ley de Comercio Electrónico (UNCITRAL) se alude a

"mensajes de datos" —como "información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares..."—. A su vez en el decreto PEN N° 427/98, en su anexo II, se lo caracterizó como la "representación digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes").

En el [art. 6°](#) de la [ley 25.506](#) el "documento digital" se caracteriza por consistir en una: "...representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo y por constituir la equivalencia funcional de la escritura, siendo así equiparado al soporte papel y estableciéndose su validez jurídica en tanto documento escrito".

En una acepción que aparece como notoriamente influida por el marco específico de la informática, doctrinariamente se lo ha definido como: "representación de datos en código binario que requiere de medios técnicos para su inteligibilidad".

Los autores que así lo definen señalan la inconveniencia de hacer referencia en el concepto al término "digital" en tanto el mismo es el que se trata de definir. Consideran más adecuado hablar de código binario, en el cual por combinación de los dígitos binarios 0 y 1, se construyen los datos que interpretan los sistemas informáticos. Al mismo tiempo estiman que la aclaración que introduce la [ley 25.506](#) respecto a la independencia del soporte en que se fija, almacena o archiva (triple expresión que refiere a lo mismo) resulta superflua.

Para KIELMANOVICH el documento electrónico es aquél que representa electrónicamente hechos o actos inmediata o mediatamente perceptibles por el hombre. Comprende dentro de ellos a los que se encuentran archivados en soportes magnéticos de una computadora o en cualquier otro registro electrónico o magnético y que resultan ilegibles para el ojo humano, y también aquellos que resultan inteligibles en forma directa o inmediata para el hombre, así el *e-mail* o el fax, si bien un criterio más riguroso permitiría clasificarlos en documentos electrónicos en sentido estricto y documentos electrónicos en sentido amplio. Los primeros, serían aquellos que se pueden memorizar en forma digital y que se encuentran contenidos en la memoria del elaborador (computador) o en las memorias de masa en soportes magnéticos, siendo esencial característica de ellos que no pueden ser leídos por el hombre sin intervención de máquinas traductoras que hagan perceptibles y comprensibles las señales digitales que los constituyen; así, por ejemplo, las tarjetas magnéticas para acceder a una cuenta bancaria. Los segundos, presentan directamente un carácter legible o perceptible por el hombre —en los casos de textos alfanuméricos y gráficos— sin necesidad de intervenciones de máquinas traductoras o "descodificadoras", pudiendo estar constituidos por un texto o por un gráfico estampado sobre un soporte de papel, por una tarjeta o cinta perforada, por un microfilm, y, en general, por cualquier objeto material formada por una máquina conectada con un elaborador. Para dicho autor, el documento electrónico es también un documento escrito, aunque a diferencia del tradicional no necesariamente se encuentra contenido en un soporte de papel.

También se ha señalado que, en un sentido amplio (exceptuando a los microfilm, por estar regidos por una disciplina particular), el documento electrónico o informático en sentido amplio es aquél que presenta como característica esencial la de ser perceptibles y, en el supuesto de textos alfanuméricos, directamente legibles sin necesidad de recurrir a máquinas traductoras. En un sentido particular es el que no es legible directamente, los que a su vez se pueden distinguir según su grado de conservabilidad en: los volátiles que desaparecen al apagar el equipo (memoria RAM), y otros en que no se produce tal extinción en tanto se registran en cintas, discos magnéticos o memorias de masa que los hace perdurar hasta que un acto expreso a tal fin los borra o cancela. En tercer lugar, se ubican los guardados en las denominadas memorias ROM destinadas a permanecer inalterables, por lo que no merecen una actuación que los suprima.

De lo que se viene exponiendo se puede concluir que el denominado documento "digital" o "electrónico" encuadra en el concepto amplio de "documento", proporcionado *supra*.

Como vía de garantizar la privacidad y uso se implementa el simple recaudo de otorgar un *pin* o *password* en medio de un sistema de seguridad que se denomina encriptado.

Lo expuesto se torna de una complejidad mayor en los supuestos de contratación electrónica.

Aquí corresponde distinguir dos ámbitos. Uno, muy limitado, que es el relacionado con el desenvolvimiento de las grandes corporaciones. En él, existen sistemas y acuerdos a través de los cuales celebran contratos de

esta especie. Es el caso de que tales empresas vienen utilizando la *electronic data interchange* (EDI; información electrónica de intercambio).

Otro diverso, es el vinculado con el conjunto de las personas "normales" que acuden a este medio de contratación. En este caso las mayores dificultades radican, en una primera cuestión, en lo relacionado al elemento esencial de todo contrato como es el consentimiento. Además del problema relacionado con la adhesión, por inexistencia de contacto directo entre las partes y por carencia de efectiva oportunidad de negociación, es necesario precisar el asiento e integridad de la declaración de voluntad en especial de la parte que adhiere (puesto que ella se brinda a través de pulsar teclas de la computadora o del *mouse* operando con claves electrónicas o datos alfanuméricos que son transportados a través de medios electrónicos). Luego, aparece otra cuestión central como es la relacionada con a quien se puede atribuir la autoría de tal declaración de voluntad.

Inmediatamente aparece otro problema relacionado con los términos efectivos y reales del documento que habitualmente se propone dentro de la variante de aquellos con condiciones generales predispuestas.

Una respuesta alternativa es el de las "firmas digitales".

No obstante, ante la realidad expuesta, subsisten múltiples interrogantes que, entre otros, radican en: de qué manera se pueden reconocer los negocios por medios electrónicos sin comunicación directa; sin documentación "escrita" (entendida como culturalmente hasta hace poco era conocida); sin contar con los medios de prueba admitidos en la legislación general vigentes que rigen la forma y la prueba de los contratos.

¿Cómo es posible establecer una forma legal adecuada para este tipo de operaciones? ¿Cómo se prueba un contrato celebrado con tales características y por el medio citado? ¿Cómo es posible compatibilizar todo lo expuesto con las disposiciones y principios tradicionales?

La cuestión debe examinarse teniendo en cuenta un doble, y a veces contrapuesto, interés: a) la necesidad de permitir la más eficaz y vasta utilización de los nuevos medios tecnológicos, y b) la necesidad de tutelar adecuadamente la confianza de los operadores económicos y, en general, de todos los ciudadanos en la seguridad jurídica que brindan estos nuevos documentos.

La realidad descripta establece que no se puede soslayar el tratamiento de toda la problemática referida. No obstante, el marco propuesto para esta obra impide que ello lo sea en la extensión de un desarrollo exhaustivo que exceda los lineamientos indispensables.

En el ámbito nacional, más allá de las múltiples propuestas, proyectos, regulaciones parciales (a modo de ejemplo, entre otros, cabe referir a la Res. 121 de la Comisión Nacional de Valores del 18/12/87 —autoriza la operatoria del Mercado Abierto Electrónico S.A., Comunicación A 2530 OPASI-2-174 del B.C.R.A. (informe a los clientes sobre recaudos—, Circular A 2602-OPASI 2.175 —uso de sistemas de reproducción electrónicas de firmas utilizado por grandes empresas—, ley 19130 —ult. actualización circular A-2687—, dec 427/1998 —autorizó forma digital en Administración Pública—, res Sec. Func. Pública 45/1997, Res Min. Trab. y SS MTSS 555/1997, Res SAFJP 293/1977, Res SFP 194/1998, SFP 212/1997, Com. Nac. Valores 354/2000 del 8/6/2000, Proyecto de Código de 1998, contiene diversas normas: 266 —firma digital—; 277, 295, 311 y 1320 —medios electrónicos—, Anteproyecto de ley Formato Digital de los Actos Jurídicos, etc.), y pese a la promulgación de la ley 25.056, la legislación existente aparece como insuficiente y asistemática, resultando conveniente una implementación completa y adecuada.

Antes de la [ley 25.506](#), se controvertía si el documento digital cumplía los requisitos de la escritura, en tanto para ser inteligible se hacen necesarios los elementos propios de un sistema informático. También, si era factible calificarlo como "instrumento".

Luego del dictado de la ley 25.056, en el ordenamiento nacional, la representación digital de actos o hechos con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo cabe considerarlo como un documento digital, el cual satisface el requerimiento de escritura (conf. art. 6º, de la ley citada).

9.2.3. Firma digital y firma electrónica

La [ley 25.506](#) (denominada de firma digital), en su art. 1º, reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital, así como su eficacia jurídica en las condiciones que establecen sus disposiciones. Fue reglamentada por el decreto 2628/02.

El art. 2º de la mencionada norma dispone que: "Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes".

Doctrinariamente la firma digital ha sido conceptualizada por GRANERO, como "un conjunto de datos asociados a un mensaje digital e incorporados a éste por un programa de computación, desarrollado al efecto, que permite garantizar la identidad del firmante y la integridad del documento firmado".

Dicho autor, señala que dicha firma está reconocida como el medio más idóneo para brindar seguridad a los documentos digitales, garantizándose así la autoría de quien la invoca y la integridad del documento. También que hasta tanto se encuentren habilitados los certificadores particulares para la emisión de certificados digitales, las firmas tendrán el carácter de electrónicas, razón por la cual se deben adoptar los recaudos legales para demostrar su validez.

Por su parte, el [art. 5º](#), de la [ley 25.506](#), dice que: "Se entiende por firma electrónica el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada como firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez".

La diferencia entre ambas radica en que la segunda carece de alguno de los recaudos legales, como podría ser que no fuera factible de la verificación prevista por terceros o la imposibilidad de control de la indagación necesaria para su creación, si bien que técnicamente son generadas del mismo modo. La consecuencia es que en caso de desconocimiento se produce un supuesto de inversión de carga probatoria, en tanto le corresponde al emisor acreditar su validez.

Como se ha visto, en la [ley 25.506](#) se han previsto disposiciones que regulan aspectos significativos del intercambio de datos electrónicos, de los contratos que pudieran resultar, y también abarca, entre otras, cuestiones como la identificación de las partes, la eficacia jurídica, el valor probatorio que se confiere a los documentos digitales y del deber de conservación.

CAPÍTULO X - EFECTOS. CON LA COLABORACIÓN DE JUAN A. RIVA

1. EFECTOS RELATIVOS DE LOS CONTRATOS. REGLA GENERAL. CONCEPTO DE PARTE. SUCESORES UNIVERSALES. TERCEROS.

Bajo la genérica denominación de "Efectos", el Capítulo 9 del Título II del Libro Primero del Código Civil y Comercial aborda, a lo largo de 5 secciones y 39 artículos, distintas manifestaciones de los alcances del

contrato. Así, se dedica primero a los efectos subjetivos (efecto relativo de los contratos e incorporación de terceros) y, luego, a algunas vicisitudes del vínculo contractual (suspensión del cumplimiento y fuerza mayor, obligación de saneamiento —por evicción y por vicios ocultos— y señal).

Vemos, pues, que, en primer lugar, la ley se ocupa de determinar quiénes son los sujetos alcanzados por las consecuencias del contrato. Es que, en efecto, el contrato produce, como consecuencia necesaria, el establecimiento de relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes (art. 957 del CCC). Esto constituye un axioma esencial del derecho de los contratos, según el cual sus efectos se producen sólo entre las partes, sin que, como principio, el vínculo contractual pueda perjudicar ni beneficiar a terceros.

En efecto, la fuerza jurígena de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 959 del CCC) sufre ciertas limitaciones (que ya hemos repasado) y sólo producirá efectos, en principio, entre las partes, por lo que no pueden perjudicar a los terceros: esto es lo que se denomina efecto relativo de los contratos, que es similar al que tienen las obligaciones y que difiere del absoluto o *erga omnes* de los derechos reales.

Este clásico principio es el que está contenido en los arts. 1021 y 1022 del CCC: las consecuencias jurídicas que emanan de los contratos sólo alcanzan a las partes contratantes y no pueden, salvo en los casos previstos por la ley, beneficiar ni perjudicar a terceros. Por ende, debe entenderse por parte aquél sobre quien se producen dichas consecuencias jurídicas; en otras palabras, parte es quien interviene en el negocio jurídico (en este caso, contractual) ejerciendo una prerrogativa jurídica propia (LLAMBÍAS).

Ahora bien, según el art. 1023, se denomina parte: a) a quien celebra el contrato a nombre propio; b) a quien es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés; y c) a quien manifiesta la voluntad contractual (aunque ésta sea transmitida por un corredor o un agente sin representación).

En el *primer supuesto*, quien declara la voluntad es el mismo sujeto que recibe las ventajas y quien contrae las obligaciones que surgen del contrato; es decir, quien otorga el contrato (ejecuta materialmente el acto jurídico), lo hace para sí mismo.

En el *segundo caso*, el sujeto que formula una declaración de voluntad con el fin de celebrar un contrato no actúa en nombre propio (como en el caso anterior), sino que lo hace en nombre de otro, quien resulta el verdadero dueño del negocio jurídico. El primero se denomina aquí representante y el segundo, representado.

Por último, en el *tercer supuesto*, quien declara la voluntad es un agente o corredor (esto es, no hay representación: actuación a nombre de otro) y, por lo tanto, se trata de un mero transmisor de la voluntad del dueño del negocio.

Esclarecido el concepto de parte y a quiénes les alcanza, el Código Civil y Comercial regula la situación de los sucesores: esto es, aquellas personas que, mientras no sean llamadas a suceder, también son terceros ajenos al acuerdo.

En efecto, según el art. 1024, a los sucesores universales se les extienden, activa y pasivamente, los efectos del contrato, con la única excepción de aquellas obligaciones que, nacidas de él, fuesen inherentes a la persona, o que la transmisión fuese incompatible con la naturaleza de la obligación o, por último, que estuviese prohibida por una cláusula del contrato o por la ley.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto precedentemente y de acuerdo con lo normado por el art. 2280 del CCC, los efectos de los contratos se transmiten también a los herederos, ya que representan la persona del causante luego de su fallecimiento y a ellos se transmiten todos sus derechos y obligaciones.

Sin embargo, este principio no va a tener aplicación en los siguientes casos: a) si se trata de derechos y obligaciones inherentes a la persona (cuando su ejercicio o cumplimiento es inconcebible con independencia de esa persona); b) cuando por la naturaleza misma del contrato, ello no fuera posible (como puede ocurrir, por ejemplo, con la locación de obra —art. 1260 CCC—); c) cuando la transmisión a los herederos de los derechos y obligaciones derivados de un contrato, fuera prohibida por la ley o contraria a una disposición de ella (como ocurre, por ejemplo, con el pacto de preferencia en el contrato de compraventa —art. 1165 del CCC—); y, finalmente, d) cuando fuera contrario a una cláusula del contrato, siempre que ella se hubiese pactado dentro del ámbito de libertad contractual del que disponen las partes (como por ejemplo, si en un

contrato de locación se estipulase que los derechos del locatario no se transmitirán por su muerte a sus herederos).

En este punto, cabe señalar que la actual redacción del Código Civil Comercial ha eliminado la discrepancia que generaba el anterior art. 1195, en cuanto hacía referencia a los "herederos y sucesores universales", como si se tratase de categorías diversas. Ahora no cabe duda que, a partir de lo normado por el art. 1024, la norma se refiere a los sucesores universales, quienes, en nuestro derecho, son los herederos (art. 2278 del CCC).

Por último, cabe hacer referencia a la situación de los terceros. Según lo normado por el art. 1022 del CCC, "El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal".

Esta disposición, que, como se dijo, complementa la regla contenida en el art. 1021 del CCC, establece, pues, que los terceros son quienes, en principio, no tienen ninguna relación con el negocio jurídico.

Sin embargo, dentro de esta categoría, tradicionalmente se ha distinguido entre *terceros interesados* y *terceros no interesados*. Los primeros son aquellos que pueden ostentar un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado por la relación jurídica en la que no han participado (por ejemplo, los sucesores particulares —es decir aquellos, que han obtenido la transmisión, por acto entre vivos o *mortis causa*, de una determinada relación o situación jurídica— o los acreedores de las partes del contrato); los segundos, también denominados *penitus extranei*, son aquellos totalmente ajenos al negocio y, por consiguiente, a sus efectos, pues no tienen derechos subjetivos o intereses legítimos alcanzados por el acto jurídico.

En suma, como bien se ha sostenido, el contrato, por definición, tiene como consecuencia establecer, conservar, transmitir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, entre sus otorgantes y, por regla general, entre los sucesores universales; pero no obligaciones a cargo de terceros ajenos a esa relación, ni carga alguna que pese sobre ellos (SPOTA). A esto se denomina, como ya hemos dicho, efecto relativo de los contratos.

2. INCORPORACIÓN DE TERCEROS AL CONTRATO. SUPUESTOS: CONTRATACIÓN A NOMBRE DE TERCERO; PROMESA DEL HECHO DE TERCERO; ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO; CONTRATO PARA PERSONA A DESIGNAR; CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA

Los contratos, entonces, no producen efecto alguno respecto de los terceros que no han concurrido a su celebración; por ende, estos acuerdos no pueden aprovechar ni perjudicar a las personas que han sido ajenas a su otorgamiento; ellos son quienes reciben el nombre de terceros (art. 1022, CCC). Sin embargo, como se dispone en la parte final de esa misma norma, ello es así siempre y cuando no exista una disposición legal en contrario.

En efecto, en tanto los contratos pueden implicar el aumento o la disminución de la solvencia de los contratantes, los acreedores de éstos podrán, frente a determinados supuestos, ejercer sus derechos a través de acciones integradoras del patrimonio como la de simulación (art. 333), fraude (art. 338), directa (art. 736) y subrogatoria (art. 739).

La razón por la que la ley establece dicha facultad radica en el hecho de que el patrimonio del deudor es la garantía común del cumplimiento de las obligaciones que hubieren contraído con todos sus acreedores.

Ahora bien, además de estas situaciones, que configuran supuestos en que determinados terceros (interesados) pueden intervenir en una relación jurídica en la que no han participado, pero que los afecta, el Código Civil y Comercial regula, entre los arts. 1025 y 1030, diversas situaciones en las que las partes, desde la celebración del contrato, deciden incorporar a él a personas ajenas o terceros.

Estas situaciones son las siguientes: a) la contratación a nombre de un tercero (art. 1025); b) la promesa del hecho de un tercero (art. 1026); c) la estipulación a favor de un tercero (arts. 1027 y 1028); d) el contrato a favor de una persona a designar (art. 1029); y e) el contrato por cuenta de quien corresponda.

Examinaremos por separado cada supuesto.

a) Contrato a nombre de tercero

En el primer caso, el art. 1025 establece que "quien contrata a nombre de un tercero sólo lo obliga si ejerce su representación. A falta de representación suficiente el contrato es ineficaz. La ratificación expresa o tácita del tercero suple la falta de representación; la ejecución implica ratificación tácita".

La norma transcrita, que recoge conceptos que se encontraban regulados en los anteriores arts. 1161 y 1162 del Código Civil ([ley 340](#)), refiere el supuesto de la contratación por otro, y diferencia el caso de quien contrata con representación y quien lo hace sin ella.

La representación (regulada genéricamente y de acuerdo con sus distintas especies en los arts. 358 y ss.) supone que el sujeto de la declaración de voluntad realiza un negocio jurídico en nombre de otro (quien sería el sujeto del interés y el verdadero dueño del negocio), por lo que el negocio se considera celebrado directamente por este último quien, por tanto, es el verdadero titular de los derechos y obligaciones emergentes del acto.

Este caso se diferencia claramente del supuesto en que quien actúa es un mero agente o nuncio; en efecto, mientras el representante tiene la posibilidad de discutir las condiciones del negocio, dentro de sus facultades, el nuncio o agente se tiene que limitar exclusivamente a entregar la oferta y a recibir, en su caso, la aceptación, pero no puede modificarla.

El representante, entonces, puede actuar en nombre de su representado con las facultades que se establezcan; en cambio el agente o nuncio —también llamado mensajero— es un mero "vehículo" para transmitir la voluntad del oferente ya elaborada por éste.

Ahora bien, el contrato celebrado por quien no tiene representación o con representación insuficiente, es ineficaz. Ello es así, salvo que el dueño del negocio ratifique, con posterioridad, lo actuado por el gestor; en este último caso se aplicarán, a las relaciones habidas entre uno y otro, las normas de la gestión de negocios ajenos (arts. 369 y 1781 y ss. del CCC).

En suma, se trata de un negocio jurídico cuya eficacia se encuentra supeditada al cumplimiento de una condición suspensiva (ZANNONI) pues el contrato celebrado con defecto de representación es ineficaz, pero sujeto a la condición de que el tercero ratifique lo actuado.

La norma establece también cuáles son la consecuencia de un contrato celebrado a nombre de un tercero por quien no se tiene representación suficiente: en este caso, el contrato no produce efectos. Salvo que el dueño del negocio (titular del interés) proceda a confirmar esa actuación: en este caso, se produce el fenómeno de la ratificación, que importa tomar el producto del negocio.

b) Promesa del hecho de tercero

A continuación, en el art. 1026 CCC, se regula el supuesto en que alguna de las partes promete la realización de un hecho por parte de un tercero.

Esta situación se encontraba contemplada, en el anterior Código Civil ([ley 340](#)), en el art. 1163. Sobre esa base, la figura había sido cuestionada por entender que, en realidad, lo prometido era un hecho propio (emplear los medios necesarios) mientras que no se promete nada que deba hacer el tercero y no se pretende, por la declaración, obligarlo (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

En definitiva, según el actual art. 1026, quien promete un hecho a cargo de un tercero, queda, en principio, sólo obligado a realizar la actividad necesaria para que el tercero acepte esa propuesta contractual. En efecto, resulta claro que quien promete, como objeto del contrato, el hecho de un tercero, asume una obligación de diligencia ("...queda obligado a hacer lo razonablemente necesario para que el tercero acepte la promesa") y, en este caso, si el tercero no cumple, no habría responsabilidad para el contratante que lo hubiere ofrecido en la medida que demostrase que fue diligente en orden a lograr el cumplimiento del hecho por el tercero. El nuevo Código Civil y Comercial recepta una usual práctica contractual, la de pactar el ejercicio de "buenos oficios" o "mejores esfuerzos".

Ahora bien, si el contratante hubiese garantizado la aceptación de la promesa por parte del tercero y no ya la de emplear la diligencia debida, la norma es clara en cuanto a que quedará obligado a responder en caso de negativa.

La actual redacción despeja, a nuestro entender, la cuestión que había suscitado la normativa anterior (art. 1163), en cuanto se había entendido que, cuando se ofrecía el hecho de un tercero se asumía siempre una obligación de resultado; ello era así por el texto anterior: "el que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato". Como puede advertirse a partir de la lectura del art. 1026 del CCC, la extensión de la responsabilidad de la parte dependerá más del modo en que lo hubieren pactado los contratantes.

c) Estipulación a favor de tercero

La figura regulada actualmente en los arts. 1027 y 1028 tenía recepción en la redacción anterior del Código Civil ([ley 340](#)) de un modo muy amplio (art. 504).

Este instituto tiene antecedentes que se remontan al derecho romano, bajo cuyo régimen era posible que uno se hiciera prometer una prestación para un tercero, teniendo esta promesa por efecto el de adquirir, el que la recibía, un derecho de crédito dirigido a que se prestase al tercero. Así, si bien por regla general era imposible constituir en virtud de semejante promesa un crédito a favor del propio tercero, pues los efectos de un negocio afectaban sólo a los que lo concluían, la generalización de soluciones particulares y, fundamentalmente, la jurisprudencia del derecho común, permitieron considerar que el tercero adquiriría directamente un derecho de crédito siempre que, según lo pactado por las partes que concluían el contrato, fuera su intención común que lo adquiriera.

Ya durante la sanción del Código Civil, la concepción clásica que limitaba la estipulación a favor del tercero había perdido vigencia. Así se explica la inclusión, por parte de VÉLEZ SARSFIELD, del art. 504: según esa norma, el tercero podía adquirir un derecho como consecuencia de la voluntad expresada en ese sentido por los contratantes.

Sobre la naturaleza jurídica de este negocio, la doctrina ha expresado diversas y variadas tesis que, sin embargo, han fracasado en el intento de explicar la esencia de un contrato en virtud del cual es posible convertir a un tercero en acreedor y hacer que surja un derecho directo en beneficio de éste. La doctrina argentina, desde hace mucho tiempo, ha venido sosteniendo que el derecho del tercero surge, lisa y llanamente, de la voluntad de los contratantes, conforme el principio de autonomía de la voluntad.

Pues bien, la regulación actual de la figura corrigió su ubicación metodológica (mientras antes se encontraba en el primer título dedicado a las obligaciones, ahora se ubica en la sección dedicada a los contratos, en tanto contempla una variedad del género contractual) y, además, delineó con más detalle su configuración.

En efecto, en nuestro ordenamiento positivo actual, el art. 1027 del CCC expande la regulación anterior de la figura y despliega sus características de acuerdo con las construcciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Así, el mencionado artículo establece que "si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva".

Entonces, se denomina contrato a favor de terceros, o estipulación a favor de terceros, a la convención por la cual una persona, llamada *estipulante*, acuerda con otra, llamada *promitente*, que ésta efectuará una prestación en beneficio de un tercero, a quien se denominará *beneficiario*. Es así que, en estos casos, hay una relación base entre el estipulante y el promitente (obligado respecto del beneficiario), donde el tercero no es parte, sino que sólo presta su adhesión perfeccionante.

En efecto, lo característico de este contrato es que el beneficiario es un tercero ajeno a la relación contractual que ha dado nacimiento a la obligación, pero que, sin embargo, adquiere un derecho de crédito propio para exigir del promitente la prestación. Cabe señalar que el tercero puede rechazar el beneficio otorgado y el promitente puede revocarlo, siempre y cuando tal revocación se produzca antes de la aceptación por el tercero; ciertamente, es requisito esencial que la ventaja no haya sido revocada antes de haber sido aceptada. Tal condición futura e incierta de la revocación de la ventaja, es un derecho *ad nutum* que la ley le confiere al estipulante, precisamente porque la ventaja importa una oferta al tercero que, mientras no haya sido aceptada, puede retractarse (art. 975).

Ahora bien, luego de su aceptación, el tercero se convierte en acreedor directo del promitente, sin necesitar en absoluto de la conformidad o intervención del estipulante; por ende, puede ejercitar directamente sus derechos solicitando el cumplimiento de la prestación (MAYO, LÓPEZ DE ZAVALÍA).

Sobre este punto, concerniente a la adquisición del derecho, cuadra reiterar que el beneficio del tercero entraña una adquisición directa, en el sentido de que nace inmediatamente del negocio jurídico por virtud de la regla de libertad contenida en el art. 958 del CCC. Ese beneficio no pasa por el patrimonio del estipulante y constituye, desde su origen, un derecho suspendido en su eficacia para el momento en que el tercero manifieste su aceptación (como se dijo, recaudo de perfeccionamiento de la adquisición del derecho). Dicha aceptación importa una declaración unilateral de voluntad que puede ser expresado a través de cualquiera de los modos previstos en el art. 262.

Entonces, si bien el tercero no es parte en el acto jurídico base, de donde no está obligado a satisfacer las prestaciones que asuma el estipulante a favor del promitente, ello no quita que la adhesión perfeccionante transforme al beneficiario (o promisorio) en titular del crédito; esto es, en sujeto de dicha obligación cuyo programa de prestación tiene por sustrato el beneficio.

En nuestra legislación abundan los contratos que utilizan esta figura; así, la donación con cargo (art. 1562), la renta vitalicia (art. 1599), etc. También se ha entendido que, en materia de responsabilidad médica, existe un contrato a favor de tercero (el paciente) celebrado entre la clínica y el médico tratante (ALTERINI). Es que, el negocio que estipula un beneficio a favor de un sujeto que no es parte del contrato, no conforma un "tipo" contractual especial (como la compraventa, por ejemplo), sino que resulta una suerte de diseño jurídico contractual genérico que se configura en distintos negocios.

En consecuencia, el contrato "base" en el que participan estipulante y promitente deberá contener los elementos esenciales —o requisitos de validez— inherentes al tipo de acto de que se trate. Ello, claro está, no obsta a que, en aplicación del principio de libertad de contratación y dentro de sus límites, las partes puedan concertar un contrato cuya única finalidad sea la de establecer un beneficio a favor de tercero.

Como se desprende de lo prescripto por el art. 1028, la estipulación a favor de tercero, una vez aceptada, conforma diversas relaciones jurídicas. Ellas, básicamente, son de tres tipos: a) las del estipulante con el promitente; b) las del estipulante con el beneficiario (que puede reconocer diversas causas jurídicas, incluso el interés de favorecer al beneficiario con una liberalidad); y c) las del promitente obligado y el tercero beneficiario (quien puede accionar en forma directa para el cumplimiento de la prestación comprometida).

En lo que hace a la segunda relación, la doctrina ha discrepado sobre las acciones que tiene el estipulante una vez que el tercero ha aceptado la ventaja en tiempo y forma. Todas las posiciones se han sostenido, desde la que excluye toda acción del estipulante contra el promitente, a las que le otorgan algunas privativas como la revocación (o resolución) del contrato principal pasando por las que sostienen que el tercero y el estipulante tienen acciones conjuntas de cumplimiento.

El art. 1028 concretamente establece que el promitente podría oponer contra el beneficiario las defensas que tuvieren origen en el contrato base celebrado con el estipulante (suspensión del cumplimiento en los términos del art. 1031, por ejemplo) u otras relacionadas con vínculos jurídicos contraídos con el propio tercero. Asimismo y como se ha dicho, desde el momento en que el tercero acepta, en tiempo y forma, el beneficio, pasa a ser el sujeto activo de la ventaja teniendo acción directa contra el promitente obligado a la prestación.

Por su parte, el estipulante podría exigir el cumplimiento del beneficio acordado al tercero (o a él mismo, si el tercero no la aceptó o el estipulante la revocó antes de la aceptación) y, a todo evento, resolver el contrato por incumplimiento del promitente.

d) Contrato para persona a designar

Esta figura no existía en el Código Civil redactado por VÉLEZ SARSFIELD. El texto que ahora incluye el art. 1029 está íntegramente tomado del art. 986 del Proyecto de 1998.

Este instituto contractual supone que uno de los contratantes (que puede denominarse estipulante) se reserva la facultad de designar, en un momento posterior y dentro de un plazo establecido al efecto (en su defecto, será de quince días), a una tercera persona que será quien ocupará el lugar del estipulante (que quedará desobligado) en la relación contractual.

Se ha señalado que la utilización de esta figura puede obedecer a una finalidad de gestión sin representación (actuación en interés de otro, pero a nombre propio) o de mediación, esto es, cuando el estipulante actúa como intermediario respecto de un futuro y aún desconocido contratante. Esta dinámica es frecuente en la compraventa inmobiliarias "en comisión", en las que el comprador se reserva el derecho de informar el nombre de su comitente para el momento de perfeccionar el contrato.

La propia norma dispone que esta modalidad de contratación no se encuentra permitida cuando "...el contrato no puede ser celebrado por medio de representante, o la determinación de los sujetos es indispensable".

En caso de que sea posible este mecanismo contractual, una vez designado el tercero y habiendo aceptado éste, la asunción de la posición contractual se produce con efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato. Si el tercero no acepta, quien cargará con las obligaciones emergentes del contrato será el estipulante.

e) Contrato por cuenta de quien corresponda

Este supuesto tampoco estaba regulado en el Código Civil ([ley 340](#)), y su texto actual está tomado, también en su integridad, del Proyecto de 1998 (art. 987).

Se ha definido este contrato como aquel conforme el cual uno de los otorgantes, al tiempo de la formación del acto, se reserva la facultad de designar el nombre de la parte para una oportunidad posterior y dentro de un plazo fijado, pero, en este caso, a diferencia del anterior, el contrato queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva, por lo que no surtirá efectos mientras no se determine quién es el beneficiario obligado a cumplir las prestaciones convenidas.

Es, pues, un acto jurídico de eficacia pendiente, ya que no produce sus efectos propios mientras no se cumple la condición estipulada; a saber, la designación del contratante que asumirá la posición contractual.

3. SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO Y FUERZA MAYOR. TUTELA PREVENTIVA

En los arts. 1031 y 1032 del CCC se regulan dos figuras que no tienen concordancias en el Código anterior; sin embargo, en el caso de la suspensión del cumplimiento, registra antecedentes en el Proyecto de 1998 (art. 992) y en los principios de UNIDROIT.

En efecto, la primera de esas disposiciones establece la posibilidad de que en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas podrá suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir y agrega que la suspensión podrá ser deducida judicialmente como acción o como excepción.

Toda vez que esta figura parecería poseer algunos puntos de contacto con la denominada excepción de incumplimiento contractual que regulaban los arts. 1201 y 510 del Código Civil, corresponde hacer una breve exposición de esta última para, luego, abordar el examen de la primera.

La excepción de incumplimiento contractual o *exceptio non adimpleti contractus* puede ser definida como la facultad —esto es, el ejercicio de un derecho potestativo— de una de las partes de un contrato bilateral, de no cumplir sus obligaciones —rechazando incluso el pedido de cumplimiento— si la otra parte no cumple, salvo que la obligación de esta última fuera a plazo u ofreciera cumplirla. Puntualmente y con una redacción señalada como deficiente, el art. 1201 del Código Civil establecía que "en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo".

Como se ha señalado, este instituto sólo tiene el alcance de enervar temporalmente la pretensión contraria, por lo que es una figura comprendida entre las medidas de autodefensa privada (COLAGROSSO).

En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto, señalamos oportunamente que se trata de un elemento natural de los contratos bilaterales, que configura un medio de oposición a un reclamo de cumplimiento que no hace perder el derecho sino que lo posterga y que, por tanto, obra como una defensa temporaria. Su fundamento radicaría en la voluntad presunta de las partes, porque resulta evidente que un contratante no se obliga por los vínculos de un contrato sinalagmático sino por pensar que ambas prestaciones, salvo que se hubiese concedido un plazo, serán cumplidas en el mismo lapso.

Tanto la excepción de incumplimiento contractual como la de incumplimiento parcial exigen para ser opuestas la existencia de diversos presupuestos o requisitos de funcionamiento, sin los cuales sería rechazada por carecer de las condiciones legales de aplicación. Tales presupuestos pueden enunciarse así: a) existencia de reclamo de cumplimiento; b) falta de cumplimiento de quien reclama; c) inexistencia de plazo a favor de quien reclama sin cumplir; d) inexistencia de ofrecimiento a cumplir de quien reclama sin cumplir; e)

inexistencia de pacto en contrario; f) oposición no abusiva, o sea, relevancia del incumplimiento del excepcionado.

Ahora bien, se ha entendido que la suspensión de cumplimiento trata de solucionar, precisamente, aquellos casos donde no se invoca la *exceptio non adimpleti contractus* pues habría todavía una esperanza de cumplimiento de la prestación debida, pero, sin embargo, quien está cumpliendo el contrato quiere ponerse a resguardo de un posible incumplimiento definitivo de la otra parte.

El ámbito de aplicación de este instituto presupone: a) la existencia de un contrato bilateral (esto es, cuando las partes se obligan *recíprocamente* la una hacia la otra); y b) la ejecución simultánea de las prestaciones debidas (esto es, que en un mismo acto, deban cumplirse las conductas comprometidas).

La última parte del art. 1031 del CCC establece que: "Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación". Conforme con ello, en la medida en que la naturaleza de la obligación lo permita, la suspensión de cumplimiento podrá oponerse contra cada uno de los deudores, hasta el cumplimiento íntegro de la prestación comprometida.

Alegada como acción (como reclamo de cumplimiento) o como excepción dilatoria (esto es, como oposición a un reclamo de cumplimiento iniciado por la otra parte contratante), sus efectos se prolongarán hasta tanto la parte remisa cumpla u ofrezca cumplir. A diferencia de lo que ocurría con la excepción de incumplimiento contractual, la potestad regulada en el actual art. 1031 sólo puede ser ejercida judicialmente.

Por su parte, el art. 1032 del CCC introduce una figura novedosa en el derecho positivo argentino: la denominada tutela preventiva. Textualmente, la norma establece, en su primer apartado, que "una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia".

De modo que, como complemento del anterior art. 1031, esta disposición permite a uno de los contratantes suspender el cumplimiento de su obligación como forma de autoprotección frente al riesgo de insolvencia de la otra parte del contrato, o bien, ante una circunstancia que le pudiera impedir, a este último, dar cumplimiento a las obligaciones contraídas.

En este caso, a diferencia del anterior, no constituye requisito de su aplicación la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones. El fundamento de este instituto radica, entonces, en permitir al acreedor cumplidor el ejercicio de una acción preventiva con el objeto de que pueda dejar de seguir cumpliendo cuando es seguro o verosíblemente posible que la parte contraria no lo hará. Subyace, pues, a esta tutela, la idea de amenaza de lesión a un derecho patrimonial; así, quedarían abarcadas no sólo las situaciones de insolvencia, sino también las que implicasen un menoscabo significativo en la aptitud (del deudor) para cumplir (incluso, aquellas en las que, por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor se viese imposibilitado de cumplir temporariamente con la obligación a su cargo).

Naturalmente, la suspensión quedará sin efecto en la medida en que la otra parte cumpla u otorgue las seguridades suficientes respecto de que el cumplimiento será realizado.

4. OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO. DISPOSICIONES GENERALES

Seguidamente, el Código Civil y Comercial regula conjuntamente y en un marco general, dos garantías tradicionales contenidas en todos los contratos a título oneroso: la responsabilidad por evicción y la responsabilidad por vicios ocultos (art. 1034).

Al regular de este modo ambos institutos, el nuevo Código Civil y Comercial reafirma la concepción (sostenida, por ejemplo, por ALTERINI) según la cual el objeto y alcance del saneamiento comprende las garantías de evicción y por vicios redhibitorios (u ocultos). Ello, sin perjuicio de que, como ya con anterioridad

señaláramos, parte de la doctrina afirmaba que las voces "evicción" y "saneamiento" poseían significados diferentes, aún cuando se encontrasen íntimamente vinculadas: la primera, indica la desposesión que sufre el adquirente de un derecho; la segunda, en cambio, se refiere a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de aquella desposesión.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el significado de ambas garantías. WAYAR define a la evicción como la obligación impuesta a todo el que transmite un derecho, sirviéndose de un título de carácter oneroso, de responder por las consecuencias de una eventual privación o turbación en el ejercicio del derecho transmitido, originada en una causa anterior (o concomitante) al acto de transmisión y que haya sido desconocida por el adquirente.

Por nuestra parte, hemos entendido a la evicción como la garantía de ser indemnizado que la ley le concede al adquirente a título oneroso que es turbado en su derecho, por una causa anterior o concomitante a la adquisición. Para que funcione la garantía de evicción, quien adquiere a título oneroso debe verse enfrentado a otra persona que ejerce una pretensión jurídica en virtud de la cual le impide, total o parcialmente, el ejercicio del derecho transmitido. Debe aclararse que este impedimento debe encontrar fundamento en una pretensión jurídica (un reclamo judicial invocando ser el verdadero dueño de la cosa), puesto que las turbaciones de hecho (molestias asentadas en la utilización de la fuerza, por ejemplo) no dan lugar a la evicción.

Así, se suele denominar *evicto* al adquirente que ha sido vencido en la posesión de uso o goce de la cosa adquirida. Por oposición, el *evictor* es el tercero que lo vence, y llamamos *garante*, al que transmite el bien al evicto y que fue turbado en su derecho por el evictor.

Por otro lado, puede decirse que la garantía por vicios ocultos o redhibitorios constituye un efecto propio o natural de todos los contratos a título oneroso, en virtud de la cual el enajenante debe asegurar al adquirente por los defectos que pudiesen afectar la materialidad de la cosa transmitida y que la hiciesen impropia para su destino.

A partir de ello, entonces, puede hablarse de saneamiento cuando se trata de amparar al adquirente de los defectos que tenga la cosa y de la turbación que pueda sufrir por parte de terceros.

Su fundamento radica en la garantía que debe el enajenante (quien ha recibido un precio) al adquirente respecto de que no será molestado por otra persona que invoque un mejor derecho sobre la cosa transmitida, y también respecto de que la cosa transmitida será apta para su destino y que no tiene defectos que repercutan en su valor, disminuyéndolo. Por nuestra parte, hemos sostenido que el fundamento, tanto de la evicción como de los vicios redhibitorios, se encuentra en la ventaja, fruto del sacrificio propio de la onerosidad contractual, que obtiene el enajenante y que deriva en una obligación (moral y de equidad) respecto del adquirente.

Constituyen ambas garantías, como ya se ha dicho, un efecto propio o natural de los contratos a título oneroso, pues existen aun cuando no se estipulen expresamente (art. 1036). En efecto, estas cláusulas las suministra la ley supletoria, de manera que se tienen por incorporadas al contrato aun cuando nada se exprese en él; pero pueden ser dejadas de lado por declaración expresa en contrario (ALTERINI); en una palabra, existe sobre ellas plena disponibilidad para las partes, puesto que no hay compromiso del orden público.

Ello es así, con las salvedades establecidas en los arts. 1037 y 1038 del CCC. En efecto, en primer lugar, cualquier cláusula que implique supresión o disminución de la responsabilidad por saneamiento habrá de ser interpretada restrictivamente (art. 1037); en segundo lugar, frente a algunos supuestos particulares, la ley entiende, incluso, que tales cláusulas de supresión o disminución se tendrán por no convenidas; así: a) cuando el enajenante conocía o debía conocer el peligro de la evicción o la existencia de los vicios; y b) cuando el enajenante actuase profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación (a menos que el adquirente también se desempeñase profesionalmente en esa misma actividad). En estos casos, como consecuencia de la regla de interpretación restrictiva, la norma no admite las cláusulas exonerativas de la responsabilidad puesto que suponen dolo del enajenante (conocía o debía conocer, por la causa que fuere o por el ejercicio de una profesión que le permitía ese conocimiento).

Cabe agregar, por último, que, sin perjuicio de que el saneamiento tiene una estrecha vinculación con los contratos a título oneroso, ello no implica que el adquirente a título gratuito (por ejemplo, el donatario) reclame con fundamento en este instituto. En efecto, según lo normado por el art. 1035, éste "...puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores"; con lo cual, el adquirente a título gratuito podrá reclamar, no a su antecesor inmediato, pero sí a quienes le hubieran transmitido a éste a título oneroso.

Establecido este marco conceptual de apreciación, el art. 1033 pasa a determinar, en primer lugar, quiénes son los sujetos pasivos de la garantía; esto es, quienes estarán obligados a prestarla: a) el transmitente de bienes a título oneroso; b) el que ha dividido bienes con otros; c) los respectivos antecesores, en tanto y en cuanto hubieran realizado la transferencia a título oneroso.

Las consecuencias posibles ante la responsabilidad por saneamiento son, según lo normado por el art. 1039, las siguientes opciones a favor del acreedor: a) reclamar el saneamiento del título (por ejemplo, desinteresando al tercero que reclama un derecho sobre la cosa objeto del contrato) o la subsanación de los vicios; b) reclamar un bien equivalente, si es fungible; y c) declarar la resolución del contrato; esto es, extinguirlo (salvo en los supuestos previstos en los arts. 1050 y 1057).

A ello se agrega que, en principio, el acreedor cuenta también con la posibilidad de requerir la reparación de los perjuicios ocasionados (art. 1040); salvo: a) si el adquirente conocía o podía conocer el peligro de la evicción o la existencia de los vicios; b) si el enajenante no conoció ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de los vicios; c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente (esto es, si este último asumió la posibilidad de que se produjese la evicción o de que existiesen vicios ocultos); d) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa. Cabe aclarar que en los casos señalados en los incs. a) y b), la exención de responsabilidad no podrá invocarla el enajenante que se desempeñase profesionalmente en una actividad compatible con la enajenación (salvo, a su vez, que el adquirente también se desempeñase profesionalmente en dicha actividad).

De la interpretación armónica de estos últimos dos artículos, puede concluirse en que: 1º) frente a un supuesto de responsabilidad por saneamiento, el enajenante *siempre* debe responder (a través del saneamiento del título o la subsanación de los vicios, entregando un bien equivalente o devolviendo el precio) e, incluso, reparar los daños y perjuicios; 2º) sólo podría eximirse de responder por los daños y perjuicios (pero no del saneamiento) si concurriesen algunas de las causales de exclusión contenidas en el art. 1040.

Esta lectura resulta consistente con lo normado en el art. 1043, que dispone que "el obligado al saneamiento no puede invocar su ignorancia o error, excepto estipulación en contrario". Es decir que, salvo la existencia de una cláusula de modificación de la responsabilidad en los términos de los arts. 1037 y 1038, la responsabilidad derivada de esta garantía es de carácter objetivo, sin que sea relevante para su funcionamiento una imputación a título subjetivo (salvo, nuevamente, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, para lo que sí se requiere un examen de la conducta del enajenante).

Los arts. 1041 y 1042 del CCC plantean, respectivamente, el supuesto en que la responsabilidad por saneamiento (ya sea evicción o vicios ocultos) resulta de la enajenación de varios bienes y aquél en que la responsabilidad recae en una pluralidad de sujetos (ya sea sucesiva o simultánea).

Por un lado, si los bienes se han enajenado como un conjunto, la responsabilidad resulta, como consecuencia, indivisible. En cambio, si los bienes que integran el contrato fueron enajenados en forma separada, la responsabilidad resulta divisible, aunque haya habido una contraprestación única. En otras palabras, la naturaleza de la responsabilidad sigue, en principio, la naturaleza del objeto del contrato.

Por otro lado, el art. 1042 del CCC diferencia el supuesto de la enajenación sucesiva (intervienen en la obligación de saneamiento los sucesivos enajenantes a título oneroso, hasta llegar al adquirente que reclama) y el de la enajenación simultánea (esto es, el supuesto en que varios copropietarios disponen, en un mismo acto, de la cosa). En el primer caso, la responsabilidad de los enajenantes es concurrente (arts. 850 y ss.), puesto que puede reconocer diversas causas; en el segundo caso, cada uno de los enajenantes responderá en proporción a su cuota parte indivisa, salvo que se hubiese pactado la solidaridad (art. 833 y ss. del CCC).

4.1. Disposiciones particulares en materia de responsabilidad por evicción

El art. 1044 establece cuál es el alcance de la responsabilidad por evicción y señala que, a través de ella, se asegura la *existencia* y *legitimidad* del derecho transmitido. Esto es, la evicción puede originarse en la carencia, total o parcial, del derecho que se dijo transmitir: en consecuencia, el derecho no fue transmitido, o lo fue de manera menos plena, en menor medida, con cargas, etc.

Esta responsabilidad comprende los siguientes supuestos: a) toda turbación de *derecho*, total o parcial, que recayese sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición; b) reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial (excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente); y c) turbaciones de hecho causadas por el propio transmitente.

Debe existir, entonces, una *turbación de derecho* (un tercero invoca, judicialmente, un mejor derecho sobre el bien transmitido) y la causa de la turbación debe ser anterior a la adquisición: el enajenante sólo puede garantizar la bondad del derecho que él ha transmitido, pero no contra la eventualidad de que, con posterioridad a la transmisión, algún otro adquiera un mejor derecho (inc. a). Sobre este punto, si bien se ha señalado que la palabra evicción proviene de *evincere*, que significaría vencer en juicio, se ha establecido que ello no es necesario, bastando la existencia de un reclamo serio y fundado para dar lugar a la turbación que activa la responsabilidad.

La introducción de la responsabilidad por evicción fundada en *reclamos originados en transmisiones de derechos derivados de propiedad intelectual o industrial* (inc. b) tiene su antecedente en el art. 42 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías ([ley 22.765](#)).

Por último, conforme lo prescribe el inc. c) de la norma, es claro que existe, para el propio enajenante (y sus sucesores), la *obligación de no hacer* nada que pueda perturbar el derecho transmitido al adquirente

El art. 1045 establece, por el contrario, en qué supuestos queda excluida la responsabilidad del enajenante por la evicción. Así: a) cuando se tratase de turbaciones de hecho causadas por terceros ajenos al transmitente; b) cuando se tratase de turbaciones de derecho fundadas en una disposición legal; y c) cuando la evicción resultase de un derecho de origen anterior a la transmisión y consolidado posteriormente.

En el primer caso, como ya vimos, la responsabilidad no opera por cuanto las meras molestias de hecho (esto es, que no impactan sobre la existencia o legitimidad del derecho transmitido) quedan fuera de su ámbito de aplicación.

Lo mismo sucede con aquellas turbaciones que, pese a incidir sobre el derecho, deben ser soportadas por provenir de una disposición legal: así, por ejemplo, la existencia de una servidumbre forzosa (art. 2166).

El último supuesto de exclusión lo constituye el caso en que el derecho que ocasiona la evicción, si bien tiene un origen anterior a la transmisión, es adquirido con posterioridad (el ejemplo es clásico: la prescripción adquisitiva iniciada antes de una compraventa y consolidada después); se trata de una norma similar a la contenida en el art. 2095 del Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD. Como bajo ese régimen, la norma autoriza al tribunal a apartarse de la solución "...si hay un desequilibrio económico desproporcionado".

El siguiente artículo prevé una actuación fundamental en el esquema de esta responsabilidad: la citación de evicción. Ello así, en los siguientes términos: "si un tercero demanda al adquirente en un proceso del que pueda resultar la evicción de la cosa, el garante citado a juicio debe comparecer en los términos de la ley de procedimientos. El adquirente puede seguir actuando en el proceso".

De modo que, demandado el adquirente por un tercero que invoca un mejor derecho sobre el objeto del contrato, éste puede (en rigor, *debe*, si es que quiere conservar el derecho que deriva de la garantía; art.

1048, inc. a) citar a juicio a su enajenante, el que podrá (su intervención es facultativa) tomar intervención y ocurrir en defensa de los derechos del adquirente; sólo así, si es vencido por el tercero, tendrá acción para reclamarle al enajenante los daños y perjuicios y la devolución del precio.

En este estadio judicial, la responsabilidad por evicción alcanza también a los denominados *gastos de defensa*, esto es, *siempre* (sea cual fuere el resultado del juicio) el enajenante debe hacerse cargo de los gastos que el adquirente hubiese afrontado con motivo de la defensa de sus derechos (costas y demás gastos). Ello es así, salvo que el adquirente no hubiese citado de evicción al enajenante, o bien si, pese a haberlo citado, continuó con el pleito luego del allanamiento del enajenante a la acción deducida por el tercero (art. 1047).

Ante la promoción de una demanda, la responsabilidad por evicción cesa cuando: a) el adquirente no cita al garante (enajenante) o lo hace después de vencido el plazo (que la ley procesal dispone) para hacerlo; b) el garante no comparece al juicio y el adquirente, de mala fe, no opone las defensas pertinentes (prescripción, por ejemplo), no las sostiene, o no interpone o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone contra el fallo desfavorable; c) el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable.

Genéricamente, se trata de supuestos (ya regulados en el Código Civil [\[ley 340\]](#); arts. 2110, 2112 y 2113) que evidencian falta de diligencia o mala fe por parte del adquirente y que redundan en la extinción de la responsabilidad. Sin embargo, este entramado recibe una excepción en la parte final del artículo: "...la responsabilidad subsiste si el adquirente prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho".

En el art. 1049 del CCC se establecen supuestos en los que la ley no requiere la citación del enajenante, sino que directamente faculta al adquirente a resolver el contrato y, en su caso, solicitar los daños y perjuicios. Ellos son: a) cuando el defecto del título afecta tan significativamente el valor del bien que, de haberlo conocido el adquirente, no hubiera celebrado el contrato; y b) cuando la evicción proviene de una sentencia o un laudo arbitral: la desposesión se ha producido; en este caso, ya no resulta siquiera exigible la discusión judicial y el enajenante será responsable por la evicción producida.

Cabe agregar, finalmente, que en el art. 1050 CCC se dispone que si el adquirente sana el título defectuoso por el transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva), se extingue la responsabilidad por evicción.

4.2. Disposiciones particulares en materia de responsabilidad por vicios ocultos

Como ya se dijo, los vicios redhibitorios son aquellos defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce fue transmitido a título oneroso, existentes al tiempo de su adquisición, que tornan a la cosa impropia para el destino asignado o que de tal modo disminuyen su valor que, de haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido o habría dado menos por ella.

Ahora bien, la responsabilidad emergente de la presencia de vicios ocultos constituye una garantía propia de todos los contratos onerosos que protege al adquirente permitiéndole devolver la cosa al enajenante o exigirle una disminución del precio.

Es importante destacar que, a diferencia de lo que sucede en la evicción, el vicio o defecto que ocasiona el funcionamiento de la garantía es *de hecho*, surge de la propia materialidad de la cosa. En cuanto a la definición del concepto de oculto, cabe señalar que ésta es una categoría muy relativa que dependerá de la prudente apreciación de los jueces y de las circunstancias del caso. Si es insoslayable que el vicio resulte grave o, en términos de la misma regulación legal, que torne a la cosa impropia para su destino.

El art. 1051 establece cuál es el contenido de la responsabilidad por vicios ocultos; señala que se aplica a: a) los defectos no comprendidos en las exclusiones prescriptas por el art. 1053 (que veremos más adelante); y b) los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad al extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.

Como en el caso de la responsabilidad por evicción, las partes pueden ampliar, convencionalmente, la garantía por vicios ocultos. Así lo dispone el art. 1053, que, más allá de las variaciones propias del ejercicio de la autonomía de la voluntad, refiere que debe considerarse vicio redhibitorio cualquier defecto: a) si lo estipulan las partes con mención a ciertos defectos específicos (aunque el adquirente debiera haberlos conocido); b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida (aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad), y c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales.

Ello es así, nuevamente, por cuanto la garantía por vicios redhibitorios no supone afectación del orden público (salvo contrato lesivo —art. 332—, abusivo —art. 10— o que se trate de una relación de consumo —art. 37 de la ley 24.240 LDC—) y, por tanto, las partes pueden alterarla e, incluso, agravarla.

También debe destacarse que, al igual que en caso de la evicción, la garantía por vicios ocultos es de naturaleza objetiva, por lo que no requiere, para su configuración, de ninguna atribución a título de culpa y el enajenante deberá restituir las cosas a su estado anterior aun cuando hubiere actuado de buena fe. Este principio se reafirma a partir de lo normado por el art. 1053, en cuanto, al sentar los supuestos de exclusión de la responsabilidad, da cuenta de la intervención, de algún modo, del adquirente. Así, esta responsabilidad no comprende: a) los defectos del bien que el adquirente conoció o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición (salvo que hubiere hecho reserva expresa respecto de ese punto); y b) los defectos que no existían al tiempo de la adquisición; es decir, posteriores; la carga de probar este hecho se encuentra, por aplicación de las reglas generales en materia probatoria, en cabeza del adquirente.

Los dos artículos siguientes establecen los plazos para que el adquirente efectúe el reclamo pertinente ante la existencia de un vicio oculto. En primer lugar, el art. 1054 dispone que aquél debe denunciar la existencia del defecto oculto *dentro de los sesenta días* de haberse manifestado; si el vicio se manifestase en forma gradual, el plazo para hacerlo se comenzará a computar desde que pudo advertirlo. Como es natural, el incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad, salvo la mala fe del enajenante (esto es, que hubiera conocido, o debido conocer, la existencia de los defectos).

Una vez denunciado, el plazo de prescripción será de un año, conforme lo establecido por el art. 2564, inc. a), del Código Civil y Comercial.

Esta norma vino a unificar las regulaciones diversas que existían con anterioridad en el Código Civil de VÉLEZ (art. 4041) y en el antiguo Código de Comercio (art. 473), que estipulaban, respectivamente, un plazo de tres y seis meses.

El art. 1055, por su parte, establece que la caducidad (esto es, de pleno derecho) de la garantía se produce: a) si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que la recibió; y b) si la cosa es mueble, cuando transcurren seis meses desde que la recibió o puso en funcionamiento. Estos plazos, cabe señalar, pueden ser ampliados convencionalmente.

Por su parte, en caso de que el adquirente pretenda la resolución del contrato, sólo lo podrá hacer si se trata de un vicio redhibitorio o si medió una ampliación convencional de la garantía; caso contrario, según el régimen del nuevo Código Civil y Comercial, conforme las normas generales (art. 1039), si el defecto no es tan grave como para hacer impropia la cosa para su destino, el afectado podrá pedir la subsanación de los vicios o reclamar un bien equivalente, si es fungible.

En caso de que la cosa perezca, total o parcialmente, como consecuencia de los defectos que padece, el Código Civil y Comercial establece que el garante deberá, igualmente, soportar su pérdida (art. 1058); esto constituye una excepción del clásico principio según el cual las cosas crecen y perecen para sus dueños.

Por lo tanto, el adquirente no tendrá tampoco derecho a resolver si el defecto resulta subsanable y, pese a ofrecer ello el enajenante, no lo acepta; solo restaría, en este caso, el reclamo por los daños y perjuicios (art. 1057). Esta conclusión se entiende a partir del principio de conservación del contrato, según el cual debe preferirse, ante una solución que implique su ineficacia, aquella interpretación que mantenga con vida el vínculo contractual.

5. LA SEÑAL

Como en su oportunidad la hemos definido (CENTANARO), la señal es aquello que se entrega por una parte a la otra, en virtud de una cláusula accidental de un contrato bilateral, con la finalidad de facultar, a uno o ambos contratantes, la resolución por voluntad unilateral de uno de ellos (arrepentimiento), o con la finalidad de confirmar el contrato (como cumplimiento o principio de ejecución).

Dicha definición evidencia que la señal o señal puede tener dos finalidades distintas: a) permitir el arrepentimiento de una de las partes y desobligarse, perdiendo lo entregado (la que lo dio) o entregando lo recibido, más otro tanto (la que recibió la señal); o b) asegurar el cumplimiento, operando en este caso la señal como demostración de la intención de las partes de seguir adelante con el contrato. El primer caso es el de la llamada *señal penitencial* (regulada, como principio, en el art. 1202 del Código Civil, [ley 340](#)) y el segundo el de la *señal confirmatoria* (regulada, también como principio, en el art. 475 del Cód. Comercial).

En el sistema actual, de acuerdo con lo normado por el art. 1059, la señal es confirmatoria, salvo pacto en contrario. Por lo tanto, no acuerda, excepto estipulación expresa de las partes en ese sentido, el derecho a arrepentirse; lo dado en concepto de señal será, entonces, a cuenta de precio (principio de ejecución del contrato) y, a partir de allí, el deudor que pretenda apartarse de lo pactado incurrirá en incumplimiento y deberá la indemnización de los daños y perjuicios (cuyo *quantum*, por lo dicho, no quedará limitado a la señal).

En caso de que se hubiese pactado la señal como penitencial, como se anticipó, "...quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió, debe restituirla doblada". Implica ello un pacto de displicencia: es innecesario expresar una causa.

Por lo demás, es claro que, en el supuesto de que se arrepienta quien la recibió, debe devolver ello y *otro tanto de su valor*; vale esta aclaración para la eventualidad de que lo entregado no fuese dinero u otra cosa fungible.

Cabe agregar que, pese a la eliminación de la anterior categoría de contratos reales (esto es, aquellos que no se tenían por celebrados mientras no se hiciese tradición de la cosa objeto del acuerdo; art. 1141 del Código Civil —[ley 340](#)—), la señal conservaría su calificación de cláusula real, en tanto su existencia depende de una entrega (conforme el texto del actual art. 1059). Ésta y ninguna otra es la formalidad que debe cumplirse para su celebración; por lo demás, el pacto de señal puede ser hecho en forma escrita o verbal.

Pueden ser objeto de la señal tanto el dinero como las cosas muebles (art. 1060). Además, continúa el mismo artículo: "Si es de la misma especie que lo que debe darse por el contrato, la señal se tiene como parte de la prestación si el contrato se cumple; pero no si ella es de diferente especie o si la obligación es de hacer o no hacer".

Por tanto, si bien el objeto de la señal es generalmente dinero (cosa fungible), todo aquello que puede ser objeto de un contrato puede ser entregado en concepto de señal. Agrega la norma que, si lo entregado en carácter de señal fuese de la misma especie de lo que debe darse para el cumplimiento del contrato, en ese caso, la señal se tomará como parte de la prestación asumida; típico caso del comprador que entrega una suma de dinero como señal y a cuenta del precio.

Por último, no debe confundirse la señal con la denominada *reserva* o *reserva ad referendum*, instrumento utilizado en el marco de la intermediación inmobiliaria. La suma de dinero que usualmente se entrega como

reserva funciona como parte del precio si la otra parte acepta la oferta de quien entregó la reserva y, además, como compromiso de la indisponibilidad del bien por el que se hace la oferta con reserva; por ello, se ha caracterizado a esta última como una oferta irrevocable y garantizada de celebrar el contrato; si el que la realiza se arrepiente y retira la oferta, el destinatario de ella está autorizado a retenerla como indemnización.

CAPÍTULO XI - INTERPRETACIÓN. CON LA COLABORACIÓN DE MARÍA LUZ PAPAVERO

1. NOCIÓN DE INTERPRETACIÓN

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "interpretación" proviene de la voz latina *interpretatio*, -onis, y la define como *acción y efecto de interpretar*. Por consiguiente, debemos indagar acerca del concepto de "interpretar" (del latín, *interpretari*) que ofrece el glosario en cuestión: aquel la define como "explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto".

Ahora bien, la labor interpretativa, al abarcar una gran variedad de situaciones dentro de la actividad del hombre, tiene un origen tan remoto como el ser humano mismo.

La hermenéutica (del griego [*hermeneutikétejne*], "arte de explicar, traducir o interpretar") es, principalmente, el arte de interpretar textos. Entonces, cabe preguntarse, ¿cuál fue la necesidad que causó la aparición de esta técnica? Pues bien, para hacer frente a las complejidades del lenguaje, que frecuentemente conducen a conclusiones diferentes —e incluso contrapuestas— en lo que respecta al significado de un discurso, se propone descifrar el significado detrás de cada palabra y, posteriormente, intentar la exégesis de la razón misma sobre el significado.

A raíz de esto, se ha desarrollado dentro del Derecho lo que algunos llaman "hermenéutica jurídica". Como la define SALERNO, "tiene por objeto el estudio de los métodos apropiados que ayudan a esclarecer el alcance de los conceptos y de las palabras empleadas en el derecho". Por su parte, LINARES QUINTANA ha dicho que es la disciplina científica cuyo objeto es el estudio y sistematización de los principios y métodos interpretativos.

Sobre la base de lo expuesto, sostenemos que interpretar supone establecer el verdadero sentido y alcance de la materia en examen.

Asentado ello, afirmamos que la interpretación consiste en establecer el sentido y alcance de un contrato, lo cual implicaría desentrañar dilucidar —con el mayor acierto posible— la voluntad común de las partes, emergida de su consentimiento.

2. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN

La interpretación constituye una tarea necesaria, fundamental y de principal relevancia en todo el ámbito jurídico.

Actualmente no es posible la aplicación de una norma jurídica sin la pertinente labor interpretativa que posibilite establecer su sentido y razonabilidad en su adecuación al caso. Lo propio cabe sostener con respecto a los actos jurídicos en general y, a los contratos, en particular.

En la interpretación radica una de las fases determinantes de la vida del derecho.

En el panorama jurídico contemporáneo la cuestión se vincula con la temática o punto de equilibrio entre lo que se conoce como activismo judicial y la autocomposición o autocontención en la solución de conflictos, realidad que impone una significativa cuota de proporcionalidad y prudencia, debiendo el magistrado respetar la norma legal y no excederse en la tarea interpretativa desconociendo la voluntad de los legisladores o de las partes celebrantes del acto.

3. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA E INTEGRACIÓN CONTRACTUAL

Previo a continuar en el estudio de la interpretación, es conveniente efectuar una distinción entre ésta y el fenómeno de la integración contractual, el cual ya ha sido tratado previamente en esta obra (ver punto 3.2. del Cap. II).

La integración contractual puede ser definida como un atributo puramente excepcional y de interpretación restrictiva que, por disposición legal o convencional, tienen los terceros (ya sean jueces, árbitros y, eventualmente, otros *penitus extranei*), de completar el contenido del contrato o añadirle efectos que no estén previstos en el acuerdo. Por lo tanto, podemos extraer dos conclusiones: la primera es que habrá integración siempre dentro del marco de un proceso judicial o un procedimiento arbitral, mientras que la segunda es que esto sucederá en caso de conflicto o laguna por falta de previsión de los celebrantes. Ergo, como ya lo hemos expuesto en ocasión de las XXII Jornadas de Derecho Civil, ésta "...aparecería como la *ultima ratio* de la intervención judicial sobre el contrato particular".

Por su parte, la interpretación integradora consiste en desentrañar las consecuencias implícitamente contenidas en el contrato, conforme el criterio objetivo dado por el ordenamiento jurídico. Entonces, podemos concluir que ésta ocupará una posición intermedia entre la interpretación y la integración.

4. TIPOS O ESPECIES DE INTERPRETACIÓN

Conceptualizada y enmarcada la labor de la interpretación, cabe distinguir la clasificación efectuada por los doctrinarios.

a) *Auténtica*: en uso de la autonomía de la voluntad, los suscriptores del contrato (partes) proceden a explicitar el sentido y efectos del acto jurídico celebrado. Se la denomina de este modo porque se asume que quien ha intervenido en el negocio, es más idóneo para efectuar la interpretación.

b) *Judicial*: viene a suplir la falta de interpretación auténtica. Es la actividad que llevan a cabo los magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que les está encomendada, consistente en determinar el sentido y alcance de las normas, los actos jurídicos y otros estándares de relevancia jurídica (como los principios) que deben aplicar al caso concreto que están conociendo y que deben resolver. Hay que tener en cuenta que su fallo será vinculante para los litigantes.

c) *Doctrinal*: llevada a cabo por los estudiosos del derecho los que se ocupan de los problemas de la ciencia jurídica y que no tiene el carácter de autoridad. Asimismo, pueden hacer interpretación doctrinal los que se dedican al estudio teórico del derecho, como los que imparten estos cursos o los abogados litigantes al redactar sus escritos.

5. PAUTAS INTERPRETATIVAS FIJADAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Con ellas, se hace alusión a normas legales las cuales contienen ciertas premisas respecto del modo en el cual se debe llevar a cabo el trabajo interpretativo.

El legislador ha sistematizado en un capítulo, compuesto por ocho breves y concisos artículos, las pautas de interpretación que se hallaban diseminadas en los antiguos Códigos Civil y de Comercio. De este modo, creemos que influirá positivamente en la labor interpretativa, otorgándole una mayor celeridad y precisión.

Éste comienza con el art. 1061 del CCC, el cual establece la pauta general, en consonancia con los antiguos arts. 1198 del Código Civil ([ley 340](#)), y 217 y 218 del antiguo Código de Comercio, que han servido como fuentes para esta unificación en la materia.

Previo a su análisis, destacamos que algunas propuestas doctrinarias o jurisprudenciales han considerado la posibilidad de cierta clasificación de las reglas de interpretación.

Así, se ha distinguido entre subjetivas y objetivas.

Entre las *subjetivas*:

- a) Se debe indagar la intención común concreta de las partes y no limitarse al examen del sentido literal de las palabras empleadas en el contrato;
- b) La voluntad común de las partes debe ser reconstruida apreciando el comportamiento anterior, simultáneo y posterior al contrato de las partes;
- c) El contrato debe ser considerado como un todo congruente y sus cláusulas deben ser interpretadas las unas por medio de las otras.

Por su parte, la interpretación *objetiva* tiende a aclarar las dudas que quedan como remanente después de haber efectuado la interpretación de carácter subjetiva y se realiza de acuerdo a las siguientes directrices:

- a) Cuando sea dudoso si el contrato en su conjunto o en sus cláusulas individuales deban producir algún efecto o no debe estarse en el primer sentido;
- b) Debe tenerse en cuenta el uso y la práctica generalmente observados en el lugar donde debe efectuarse el contrato;
- c) Cuando se emplean palabras que involucren más de un sentido, debe acordársele aquél que más convenga a la naturaleza y objeto del contrato y a las reglas de la equidad (conf. CApel. CC, Mercedes, Sala I, "Barbieri, Oscar J. y otro c. Re, Norberto J. y otro", 14/5/85, ED, del 14/11/85).

i) Buena fe e intención común

i) 1. Antecedentes — Derecho comparado

Es menester destacar que en el Código Civil Francés, era de aplicación el art. 1156, que expresaba: "en los contratos deberá investigarse cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, más bien que atenerse al significado o al sentido literal de las palabras". En caso de expresiones confusas, ambiguas o contradictorias, se decidieron trazar ciertas reglas, las cuales ya habían sido oportunamente formuladas por DOMAT y PHOTIER.

En función de ello, RIPERT Y BOULANGER efectuaron una ardua labor, para extraer del Código tales directrices. Su estudio acerca de las cláusulas dudosas, arrojó los siguientes resultados:

- a) Debían ser interpretadas de acuerdo con el uso en el lugar donde ha sido concertado el contrato (conf. art. 1159);
- b) Correspondía optar preferentemente lo que más convenía a la materia del contrato (conf. art. 1158);
- c) Si era posible que dos sentidos convengan igualmente, se habría de optar por aquel con el cual el contrato es susceptible de producir algún efecto (conf. art. 1157);
- d) En caso de duda, el convenio debía ser interpretado contra el acreedor y a favor de quien ha contraído la obligación.

Con respecto al Código Civil Italiano de 1942, MESSINEO ha manifestado que, para reconstruir la común intención, debe valorarse "el comportamiento conjunto observado por las partes, aun posteriormente a la conclusión del contrato", y que deben tenerse en cuenta las circunstancias en que las declaraciones fueron emitidas.

Señala PUIG BRUTAU, respecto al tema de la interpretación de los contratos en la normatividad del Código Civil Español, que son trascendentes los arts. 1281, 1282 y el 1287. Sin perjuicio de ello, hace hincapié al 1258, que establece que los contratos obligan no solo a lo pactado y a lo que divide de la ley, sino también a cuanto derive del uso y de la "buena fe".

i) 2 Análisis de la norma

El primer artículo del capítulo dedicado a la interpretación es el 1061 del CCC, el cual estipula que "El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe".

Este principio al cual hace referencia la norma mencionada aparece consagrado en art. 9º, ubicado metodológicamente en el Título Preliminar, Capítulo Tercero, "Del ejercicio de los derechos", cuyo desarrollo pormenorizado corresponde a la Parte General del Derecho Civil. Sin perjuicio de ello, en materia contractual, el texto del art. 961 vuelve a reiterarlo al referirse a las disposiciones generales: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

Su origen está marcado por la reforma perpetuada por la mal llamada [ley 17.711](#) al antiguo texto del art. 1198 del Cód. Civil ([ley 340](#)). Según los fundamentos de los codificadores, "Las cláusulas generales relativas a la buena fe... tuvieron un proceso histórico de generalización creciente [por lo que] fueron adoptadas como principios generales de todo el derecho privado".

Tradicionalmente, se ha afirmado que la buena fe presenta dos caras:

- 1) Buena fe objetiva, también llamada *lealtad*: está dado por el deber de obrar con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores a la celebración del contrato, en cuanto a su celebración, ejecución e interpretación. En palabras de LAVALLE COBO, "la buena fe, que en general se concibe como la convicción de obrar conforme a derecho, se define en este caso como buena fe—probidad, o sea recíproca lealtad que las partes se deben en todos los aspectos de la contratación, y esa lealtad debe apreciarse objetivamente, o sea aplicando a cada situación el criterio de lo que hubieran hecho dos personas honorables y respetables".

2) Buena fe subjetiva, también llamada *creencia*: actuar cuando se está convencido de obrar de modo legítimo, siempre que tal convencimiento no provenga de la propia negligencia. Su aplicación está dada en el campo de los derechos reales.

En términos simples, ¿qué conlleva actuar con buena fe en el universo contractual? Sobre la base de lo desarrollado, implica actuar con rectitud, corrección y lealtad. En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que "la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra empeñada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas. La buena fe no es norma: es el principio supremo de las relaciones obligatorias, de forma que todas deben medirse por él" (CCAyT CABA, Sala II, "Proanálisis S.A. c. GCBA s/impugnación de actos administrativos", de fecha 02/11/2005; CFed. Córdoba, Sala Civ. y Com., 28/07/78, La Ley, 1979-A, 201).

Con relación a este asunto, ya hemos sostenido, en ocasión de las X Jornadas de Derecho Civil del año 1985, que la buena fe no es una regla de interpretación, sino que es aún más que eso: es la piedra angular de todo ordenamiento jurídico —como lo establecen diversas legislaciones, a saber, el art. 2º del Código Civil suizo; el art. 7º del Código Civil español y los arts. 6º y 7º del reciente Código Civil de Quebec—. Está situada en un escalón superior a cualquier otra premisa, ya que marca un camino a seguir tanto como para los celebrantes como para el intérprete.

Las consecuencias prácticas de la aplicación de esta directriz se traducen de la siguiente manera:

a) La labor del intérprete no es desentrañar lo que cada parte desea individualmente, sino que debe buscarse desde una perspectiva superior al interés particular. Por lo tanto, se debe indagar en el consentimiento de las partes, y es aquí cuando entra en escena el principio cardinal de la buena fe, el cual nos exige que le demos a esa manifestación común de voluntad el sentido y alcance que los contratantes entendieron: éste es el "quid" de la actividad interpretativa.

Como resultado, este estándar no debe demandarse únicamente a una parte, sino que, para aplicarlo tal y como exige el ordenamiento jurídico, debe ser exigido a ambas partes del contrato. La garantía de justicia del contrato permanecerá en tanto y en cuanto se comprueben el equilibrio como la debida diligencia en el obrar, que es la exigencia impuesta por la ley a los contratantes para que pueda decirse que han cumplido con la conducta debida, que es, en suma, lo que implica actuar con buena fe en materia de contratos.

b) Por otra parte, supone el deber de las partes de expresarse con claridad: constriñe a todo aquél que emite una declaración de voluntad a no inducir a error a la contraparte con palabras o términos ambiguos, en los que no se perciba indubitadamente, su verdadero sentido; y a la otra, el del captar con la mayor exactitud posible la intención de quien se ha dirigido a ella, para comprender y evitar toda sorpresa contraria a la lealtad.

c) Además, supone no ceñirse a la literalidad de los términos empleados en el acuerdo, cuando está intención es manifiestamente contraria al espíritu de lo convenido. Esto se hallaba expresamente regulado en el inc. 1º del art. 218 del antiguo Código de Comercio.

d) En otra faz, impone a los magistrados y árbitros a ser cautelosos y prudentes en la apreciación de las circunstancias relativas a la formación, celebración y ejecución del contrato, debiendo siempre considerar en qué medida se ha actuado con buena fe, al momento de resolver cualquier conflicto contractual.

Asimismo, reiterada jurisprudencia en forma permanente ha venido resguardando la aplicación de tal principio, en particular en la tarea de interpretación. A tales fines, remitimos al final de este capítulo.

ii) Interpretación restrictiva

Luego de establecer cuál será el principio rector en esta materia, el Código unificado continúa fijando un contenido de principios que han de guiar la interpretación del contrato. Básicamente, éstas son una reproducción de las pautas del antiguo Código de Comercio.

El art. 1062 del CCC, el primero de esta estructura, respeta la autonomía de la voluntad de los contratantes, al disponer que los intérpretes deban someterse a la literalidad de los términos utilizados en el contrato. Dicha literalidad, será complementada de algún modo en el art. 1063, donde se admite un criterio filológico el que se rotula de "significado de las palabras" haciendo referencia, a la vez, en los usos y costumbres como directriz interpretativa.

Como excepción, establece que éste no se aplicará a las obligaciones del predisponente y del proveedor tanto en los contratos por adhesión como en los de consumo. En efecto, y toda vez que en estos tipos de contratos la declaración de una de las partes ha sido confeccionada previamente por la otra, resulta lógico que el legislador haya decidido cercenar tal principio, en pos de la protección de los derechos de los usuarios y consumidores. Por ejemplo, en caso de términos ambiguos u oscuros, debe siempre favorecerse a la parte débil de la relación jurídica.

iii) Significado de las palabras

Los arts. 217 y 218 del antecesor Código de Comercio constituyen antecedentes directos de esta nueva norma. El primero, se refería a que las palabras de los contratos y las convenciones debían entenderse según el sentido que les diera el uso general, aunque quien está obligado pretenda que las haya comprendido de otro modo. Mientras tanto, el inc. 6º del art. 218 estipulaba que los usos y prácticas del comercio, así como las costumbres del lugar de ejecución del contrato, prevalecían por sobre cualquier inteligencia en contrario que se intentara dar a los términos del acuerdo. A mayor abundamiento, el art. 219 del mismo cuerpo legal preveía, "Si se omitiese en la redacción de un contrato alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes en el lugar de la ejecución del contrato".

El sentido de los términos obrantes en un contrato pueden dar lugar a arduas controversias entre las partes acerca de cuál es el verdadero significado de su declaración de voluntad, por consiguiente debe dilucidarse cuál es y así podremos evaluar el sentido y efectos de las palabras empleadas.

El art. 1063 del CCC, prevé como regla general que se deberán entender las palabras empleadas en los contratos según el sentido que les dé el uso general. Entonces, los vocablos utilizados deben tomarse en el sentido ordinario, en el significado que diariamente se le asigna, es decir, el que surge de la práctica de los negocios jurídicos. Precisamente, su utilización intenta determinar la posible comprensión de los términos empleados.

Sin perjuicio de esto, contempla la excepción que éstas puedan tener un significado distinto que surja o bien de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato.

Por último, establece que se aplicarán iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta.

iv) Interpretación contextual

Según se desprende del art. 1064 del CCC, "Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto".

Sostenemos que el contrato debe considerarse como un todo integral. Sus cláusulas no deben ser examinadas de un modo aislado, sino dentro del contexto general del contrato. Por consiguiente, si una cláusula no es clara, se deberán interpretar unas cláusulas por medio de otras, y armonizarlas de acuerdo al contrato en su totalidad. De lo contrario, se corre el riesgo de alterar el sentido de las expresiones de la voluntad, y con ello, del espíritu del acuerdo mismo.

Como ejemplo, podemos señalar la imposibilidad que afecta a las partes de ampararse en las cláusulas que son favorables a sus intereses, dejando de lado las que estiman perjudiciales a aquéllos.

En el texto del referido Código de Comercio, ello se encontraba normado en el inc. 2º, del art. 218.

v) Fuentes de interpretación

Si se presentan dificultades a la hora de interpretar contextualmente el acto, el art. 1065 del CCC proporciona tres posibles soluciones, las cuales se enumerarán a continuación:

a) Las circunstancias en las que se celebró el contrato, incluyendo las negociaciones preliminares: es el encuadre fáctico del contrato, es lógico que esto sea así, ya que las circunstancias y motivos que llevaron a contratar a las partes pueden ser de utilidad a la hora de establecer el sentido de los términos empleados en el acuerdo. Con relación a las tratativas previas, son fundamentales, por cuanto, desde su comienzo, las partes quedan sometidas al principio de buena fe al cual aludimos precedentemente.

b) La conducta de las partes sin perder de vista el comportamiento inmediato a la celebración del negocio: esto constituye la interpretación auténtica, es decir, la llevada a cabo por las partes intervinientes en el negocio jurídico. Destacamos que debe tratarse de hechos inequívocos, que posibiliten inferir el real contenido del acuerdo de voluntades.

c) La naturaleza y finalidad del contrato: la interpretación del acuerdo de voluntades debe procurar que se cumpla con el fin perseguido por las partes. Por lo tanto, no podría permitirse una interpretación que traiga aparejada la alteración en la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones.

No obstante estas herramientas, existen otras apreciaciones dispersas en el articulado. Entre otras, la del art. 987 del CCC: en caso de contratos con cláusulas predispuestas, si existieran estipulaciones que puedan considerarse ambiguas, la ley admite que sean interpretadas en el sentido contrario al predisponente.

Su fuente nuevamente está dada por el art. 218 del referido Código de Comercio, esta vez, por la compilación de los incs. 3º y 4º.

vi) Principio de conservación

En el art. 1066 del CCC se dispone "Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato".

Ante todo, puntualizamos que este principio está basado en la autonomía de la voluntad de las partes, el cual emana la directriz que los contratos se celebran para ser cumplidos. De esto se derivan dos consecuencias prácticas: por un lado, en caso de duda debe privilegiarse la validez del acto, pero también implica que, ante la presencia de una cláusula ambigua o dudosa, no debe interrumpirse la ejecución del contrato y apartarse de lo convenido.

Entonces, expresar con claridad la carga de claridad en la declaración que pesa sobre todo contratante obliga a respetar el sentido que verosíblemente puede habérsele dado a la declaración que recibe y acepta.

Este supuesto también recibe la denominación de *favor negotii*, y es considerado como una derivación del inc. 3º del art. 218 del referido Código de Comercio: "Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad".

Esto se complementa con el último párrafo del art. 1066 del CCC, mediante el cual se estipula que, habiendo pluralidad de interpretaciones posibles para el contrato examinado, deberá estarse a la más favorable al objeto y naturaleza del negocio jurídico.

Por otra parte, la interpretación conservadora, lógicamente, tiende a mantener vivo el contrato nacido de la voluntad común contractual. Por ello, si surge alguna dificultad, concepto oscuro o conflicto cuya solución admita la extinción del vínculo o su continuidad deberá estarse a la última, toda vez que los negocios nacen para ser cumplidos.

vii) Protección de la confianza

El art. 1067 del CCC estipula que deberá protegerse la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente. Creemos que esto tiene estrecha vinculación con lo desarrollado en el acápite correspondiente a la intención común y buena fe, por lo cual nos remitimos a él en honor a la brevedad.

Aquí cabe poner de resalto que no había en los antiguos códigos disposición alguna que hiciera alusión a este principio. Sin embargo, éste se basó en la construcción doctrinaria y jurisprudencial de la teoría de los actos propios (*proprium factum nemo impugnare potest*), por medio de la cual se establece que nadie podrá colocarse en una posición de contradicción con su propio accionar, llevando a cabo una conducta incompatible con otra anterior. En suma, se les exige a las partes un desempeño coherente, respetando la confianza depositada entre partes.

Finalmente, el legislador tilda de "inadmisible" toda conducta jurídicamente relevante que entre en colisión con los principios referidos en los párrafos anteriores.

viii) Expresiones oscuras

Tradicionalmente, este principio ha sido conocido como "liberación del deudor" o *favor debitoris*. Se encuentra regulado en el art. 1068 del CCC, con la siguiente redacción: "Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes".

Si bien, en general, siempre fue entendida en el sentido de la protección a la parte más débil de un contrato, lo cierto es que con esta nueva redacción se ha puesto punto final a la difícil tarea de determinar qué

se entiende por "deudor" o "parte débil" en el caso de un negocio bilateral. Una situación similar se presenta en cuanto a la preservación de la mayor equivalencia de las prestaciones.

En consecuencia, efectuamos las siguientes consideraciones:

a) En caso de estar frente a un contrato gratuito, se deberá interpretar en el sentido más favorable al obligado al cumplimiento de la prestación.

b) De estar analizando un contrato oneroso, se le deberá dar el sentido que tenga en miras una distribución equitativa de los contratantes, conforme al principio de la equidad.

Para mayor ampliación se hace remisión a las ponencias presentadas en las X Jornadas de Derecho Civil. Por la significación que proyectan en nuestro ámbito jurídico dichos eventos académicos, transcribimos las conclusiones —que tienen plena vigencia aún con el nuevo texto legal— adoptadas en ellas sobre la pauta en análisis en este párrafo. En tal sentido, se sostuvo que: "I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato. II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones. III. La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito".

6. LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN PARA LOS CONTRATOS DE CONSUMO

La temática referida al consumidor registra rango constitucional, de conformidad con lo establecido en el art. 42 de la Constitución Nacional. Sin perjuicio que este tema se desarrolla en el capítulo XIV dedicado a los contratos de estas características, haremos una breve mención a la normativa vigente en esta materia.

El nuevo Código regula en particular las relaciones de consumo y prescribe en materia de interpretación para el caso de negocios masificados.

Así en el art. 1094 se dispone "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Por su parte, en el art. 1095 de dicho compendio se expone "El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

Las normas anteriormente citadas encuentran su fundamento en la desigualdad existente entre las partes en este tipo de contratos ya que las cláusulas de los mismos son redactadas unilateralmente por la parte fuerte, limitándose el consumidor a adherir sin posibilidad de negociación alguna.

Cierta jurisprudencia ha establecido que la presunción de que goza el consumidor se basa en una especie de "ignorancia legítima" que padece el mismo con respecto a las condiciones en que se celebra la contratación.

De lo aquí expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para la parte débil de esta relación, en concordancia con los principios rectores en la materia.

b) Cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación se estará a la que sea menos gravosa para el consumidor.

CAPÍTULO XII - CONEXIDAD CONTRACTUAL Y SUBCONTRATO. CON LA COLABORACIÓN DE CARLOS MARTÍN DEBRABANDERE Y MARÍA LUZ PAPAVERO

1. INTRODUCCIÓN Y NOCIÓN DE CONEXIDAD CONTRACTUAL

En el marco de las modernas contrataciones, la interrelación entre los contratos se muestra en constante avance y bajo las más diversas modalidades. Gran aporte para ello han sido los avances económicos, la rápida circulación de la riqueza, la producción en masa, el vertiginoso ámbito de la tecnología entre tantos otros factores.

Sin dudas el alto crecimiento en el campo de los contratos ha llevado a no considerarlo más estanco o, en aislamiento como expone LORENZETTI. El contrato muestra vitalidad y descongelamiento, el vínculo se adapta, muta y se extiende en el tiempo dando lugar a contratos muchas veces complejos de larga duración.

Se tratan de verdaderas redes contractuales complejas, enmarañadas y con diversas complicaciones cuyo empleo ha sido objeto de estudio, jornadas y regulación específica como prevé el Código Civil y Comercial de la Nación.

Este fenómeno de vinculación contractual se presenta como moderno por lo que lógicamente no existe una regulación propia y específica en el Código Civil y el de Comercio aunque encontremos aspectos relacionados indirectamente (ej. sublocación; sustitución del mandatario; subcontrataciones en la locación de obra). No obstante ello, no puede soslayarse que han existido contratos accesorios, dependientes o subordinados (ej. fianza).

Efectuada dicha introducción, entendemos que existe conexidad contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que éstos no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, sino que se encuentran estrechamente vinculados entre sí por un elemento teleológico en común: su finalidad económica.

En términos simples, tenemos un objetivo que únicamente puede satisfacerse mediante esta concatenación de contratos, a causa de que el fin perseguido por los contratantes no puede ser alcanzado por uno solo de ellos o, al menos, resulta más expedito, seguro o económico.

Si bien a primera vista no pareciera tratarse de figuras usuales, dicha impresión resulta errónea ya que habitualmente nos podemos encontrar con varias de ellas. Veamos algunos supuestos en los que dos o más contratos aparecen ligados y si bien a simple vista resultarían ser independientes uno del otro, presentan algún tipo de conexión de la cual derivarán específicos efectos.

a) Contratos celebrados por agencias de viaje. Éstas se encargan de efectuar reservas, ventas, son representantes de otras agencias, ofrecen diversos servicios turísticos y muchas veces vinculados con la ideas de "paquetes" donde el viajero descansa su confianza en estas empresas que conforman su itinerario en función de aéreos, hotelería, traslados, *tours*, paseos e incluso contratan seguros de salud, vida, etc.

b) Otro ejemplo de contrato conexo se vincula con la adquisición de una tarjeta de crédito muchas veces vinculada a la apertura de una caja de ahorro.

c) El caso de una persona que celebra un contrato de mutuo con una entidad financiera, y con el fin de hacer efectivo el pago de las cuotas correspondientes, debe suscribir otro acuerdo con aquel para la apertura de una cuenta bancaria.

d) La incorporación del contrato de arbitraje al Código unificado es otro caso de ligamen contractual (art. 1653 del CCC).

e) El caso del subcontrato, vincula también un supuesto de conexidad. Piénsese en un contrato de obra donde el dueño de un predio contrata con un arquitecto la construcción de una casa. Y este último, a los fines de cumplir con su prestación, además subcontrata (o terceriza) con otros contratistas tales como electricistas, gasistas, plomeros, etc.

f) Otros contratos coligados se pueden apreciar vinculados al transporte multimodal, en materia de servicios de salud o incluso en *shoppings*, donde surgen diversas contrataciones coligadas entre el comerciante minorista, el promotor, el organizador, el administrador, etc.

En nuestra opinión, este nuevo instituto es una herramienta de aplicación necesaria para dar una acabada respuesta a las exigencias de la realidad transaccional moderna que impera actualmente en las relaciones jurídicas contractuales.

Una vez más, y como es natural, el sustrato sociológico se desarrolla un paso por delante del Derecho, clamando por la atención de los juriconsultos. Afortunadamente, ha recibido la correcta atención del legislador del Código unificado, dando paso a la creación de tres disposiciones normativas que lo contemplan, poniendo punto final a las disputas doctrinarias y a contradictorios pronunciamientos judiciales. Sin perjuicio de ello, también creemos que esto preparará el camino a nuevos planteos e interrogantes en torno a su aplicación y efectos.

2. ANTECEDENTES

Los primeros estudios acerca de la conexidad contractual datan de la década de 1930 en Italia, donde ya para esa época la doctrina estaba especialmente interesada en este fenómeno, al que denominó *il collegamento negoziale* o *contrattuale*. Esta corriente postulaba la existencia de dos o más contratos autónomos entre los cuales existe un nexo de interdependencia. Además, sostenían que esta conexión podía ser funcional (los actos jurídicos se encuentran objetivamente en una relación de dependencia recíproca), o bien, voluntaria (las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, crean un vínculo de subordinación entre los contratos con miras a alcanzar un cierto resultado económico).

Posteriormente, siguiendo el desarrollo enunciado por LÓPEZ FRÍAS, la doctrina francesa, alrededor de 1970, llegó también a esbozar esta nueva categoría contractual, con la denominación de *les groupes de contrats*, categoría introducida por vez primera por TEYSSIE en su obra del mismo nombre. Posteriormente serían GABET-SAVATIER quienes hablarían de *connexité*, para más tarde VINEY referirse a *chaîne de contrats* (o cadena de contratos). En consonancia con los pares italianos, se describió a este complejo vínculo como un fenómeno el cual se configuraba en el momento que el constante devenir económico obligaba a las partes de un contrato a disponer una pluralidad de negocios en pos de una misma finalidad.

En Francia, con vinculación a operaciones de crédito, se dictó en materia inmobiliaria la ley 78-22 de 1978, relacionada a la información y protección de los consumidores y la ley 79-596 de 1979 referida a la información y protección de los prestatarios en el ámbito inmobiliario.

Posteriormente, los españoles se mostraron interesados en la temática denominándolos "contratos complejos" (DE ROVIRA MOLA) para luego también referirlos como "contratos conexos" (LÓPEZ FRÍAS).

3. TERMINOLOGÍA

Desde tiempo atrás el fenómeno ha sido analizado bajo diversa terminología, así se la ha mencionado como coligación (en Italia, *collegamento negoziale* o *contrattuale*), contratos agrupados (en Francia, *groupes de contrats*), también como vinculación, interconexidad, contratos ligados y la misma conexidad que es la que adapta el Código Civil y Comercial en su Capítulo 12 del Título II a partir del art. 1073.

4. LA DEFINICIÓN A LA LUZ DEL ANÁLISIS NORMATIVO

En el art. 1073 del CCC en su parte primera, se estipula que: "Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el art. 1074".

El concepto de conexidad contractual del Código gira alrededor de la existencia de una finalidad económica común, que puede encontrar su causa fuente tanto en la voluntad de las partes, en la ley o bien derivar de la interpretación de los contratos autónomos involucrados.

Como puntualiza LORENZETTI, "se trata de uniones de contratos en las que los objetivos económicos se alcanzan no ya mediante un contrato, sino de varios utilizados estratégicamente en función de un negocio o en redes que forman sistemas, lo cual propone la necesidad de un concepto de finalidad económica supracontractual... una finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión: si se desequilibra la misma se desequilibra todo el sistema y no sólo un contrato".

Asimismo, en consonancia con LARENZ, podemos agregar que "se trata de la unión, que bajo las denominaciones de 'globalización contractual', 'contratos coligados', 'cadenas de contratos', 'esquemas contractuales', 'red de contratos', 'negocios conexos', etc., se da entre 'dos o más tipos estructurales mediante la cual los efectos de uno pueden propagarse a los otros'".

BORDA especifica que en los contratos conexos tienen como característica la coexistencia de dos o más negocios de finalidad económica común, lo que sería igual a un único negocio fraccionado jurídicamente. En éstos intervienen más de dos sujetos pero uno de ellos ejerce una posición dominante. Se presentan así contratos autónomos pero puestos en red.

Finalmente, en las conclusiones de la Comisión de Contratos de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvo que: "Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio jurídico único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio".

En consecuencia, en la conexidad se presenta una suerte de negocio "global": es decir, un negocio que se compone, por un lado, con varios contratos que se relacionan a través de la funcionalidad del negocio visto en conjunto, y por otro, a través de la finalidad económica común perseguida.

5. PRESUPUESTOS

Conforme la definición del Código y del aporte doctrinario puede concluirse que necesariamente deberán existir los siguientes elementos para que exista conexidad:

a) *Pluralidad de contratos autónomos*. Es decir, dos o más contratos que se rijan a sí mismos, pero que a la vez se vinculen entre sí como en un sistema. De allí que MESSINEO proponga una vinculación genética (por la cual un contrato ejerce un influjo sobre la formación de otro) y funcional (al adquirir relevancia en su conjunto).

b) *Heterogeneidad*. Puesto que los diversos negocios entrelazados son distintos y, a veces, con integrantes distintos, aunque con finalidad común.

c) *Finalidad económica común*. Cada contrato está dispuesto en función de un logro o destino común, por lo que esta finalidad económica se satisface en conjunto entre los diversos negocios entrelazados. La finalidad económica común es la que conserva el interés en el funcionamiento del sistema o red que es lo que, a su vez, mantiene unidos a los contratos a través de dicha conexidad.

6. COMPARACIÓN CON LOS CONTRATOS ATÍPICOS (INNOMINADOS) MIXTOS

Los contratos mixtos o complejos, son una variable de los contratos atípicos o innominados (como refiere el nuevo Código), que son composición de prestaciones típicas de otros contratos o de elementos nuevos con conocidos, dispuestos en combinaciones diferentes de las que pueden apreciarse en los contratos nominados, y tomados de más de uno de estos contratos (TRANCHINI). En un solo negocio contractual se mezclan, combinan o entrelazan prestaciones correspondientes a dos o más contratos típicos. Empero la nueva figura atípica involucra un solo contrato (MOSSET ITURRASPE).

Ahora bien, la fusión de estos elementos o prestaciones se advierten en un solo y mismo contrato. De allí su principal distinción con los conexos donde, al menos, existirán dos contratos distintos, autónomos pero unidos por una finalidad económica común.

7. CRITERIO DE INTERPRETACIÓN

Con relación al criterio de interpretación de estos contratos, el Código Civil y Comercial propone que el sentido de cada vínculo sea desentrañado desde la perspectiva del negocio global, focalizándose especialmente en el "sentido grupal" (una suerte de intención común de todos los contratos del sistema o red); "la función económica" y el "resultado buscado".

Así, el art. 1074 del CCC establece que: "Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido".

Desde la perspectiva de la jurisprudencia y la doctrina, previo al Código unificado, habían tomado postura.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto que "en el negocio analizado existe una causa económica que origina vínculos individuales orgánicamente funcionales. De tal modo, la conexidad se instituye como presupuesto neurálgico del funcionamiento de estas relaciones jurídicas interdependientes. El interés de las partes se satisface mediante un único negocio que requiere varios contratos coligados en un mismo sistema; aquellos se mantienen unidos pero conservan su autonomía... Tal elemento es vital para interpretar los grupos de contratos, donde existe una finalidad supracontractual que inspiró su celebración... el incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que puede

repercutir en el sistema... deben interpretarse conjunta y coherentemente sin soslayar la finalidad supracontractual que puede surgir a través de la red de vínculos..." (Fallos 316:713).

En similar sentido, la doctrina ha sostenido que, "en lo que concierne a la hermenéutica se impone también una visión supracontractual que tenga en cuenta que los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación" (ESBORRAZ).

No obstante lo hasta aquí expuesto y en concordancia con la opinión que propiciamos en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, podemos esbozar las siguientes reglas o pautas para brindar una razonable interpretación:

a) Se deben analizar de forma conjunta los contratos vinculados, estableciendo en qué medida la conexión existente, por sí o junto a otras circunstancias, tiene o puede tener relevancia jurídica. Agregamos que a tenor del nuevo texto legal será particularmente de aplicación en materia de interpretación, además del art. 1074, lo prescripto en los arts. 1061 y 1064 del CCC. Pues, deberá atenderse a la voluntad común interrelacionada en el contexto del sistema que presenta la contratación coligada.

b) Se tendrá especial consideración la finalidad económica perseguida a través del conjunto de contratos, sin la cual éstos no se hubieran celebrado, o lo hubieran sido de modo diferente.

c) De existir discordancia o silencio entre disposiciones de los distintos contratos conexos, o siendo posible la admisión de diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado y concordante a la finalidad del todo.

8. EFECTOS JURÍDICOS

El art. 1075 del CCC refiere a los efectos jurídicos derivados del fenómeno de la conexidad.

Conforme la letra de la ley se dispone que: "Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común".

Preliminarmente, sostenemos que la conexidad contractual no implica desconocer la regla de origen romano *res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest* (lo que convengan ciertas personas entre sí no pueden beneficiar ni perjudicar a otras), receptado en nuestro ordenamiento jurídico bajo la denominación de "principio de la relatividad de los contratos".

Sin embargo, debe admitirse que la conexidad es una excepción a esta regla, originada de manera especial al celebrar un acto jurídico que tiene como base contratos que se vinculan entre sí. Aquí, los efectos trascienden o pueden trascender, según el caso concreto, al contrato que los produce, extendiéndose a otros u otros de los que conforman el complejo conjunto de contratos conexados.

De allí que se aluda en la norma a supuestos de suspensión de cumplimiento o extinción como podrían ser la nulidad, la rescisión, la revocación o incluso la resolución (sea por incumplimiento, frustración del fin, imprevisión) que bien podrían transgredir la órbita del contrato autónomo para vincularse con los demás integrantes de este especial entramado o red negocial.

Se insiste que el principio relativo de los contratos involucra sólo a las partes de un negocio, no pueden perjudicar a terceros ni pueden ser invocados por estos últimos (art. 1021 del CCC). No obstante, nos encontramos frente un supuesto de ligación o conexidad vinculados por su finalidad económica que habilita, como excepción, la trasgresión o el traspaso de una figura contractual en otra; o mejor dicho, la utilización de

institutos específicos de una o más partes de un negocio con relación a los intervinientes en otro. Es decir, trascendiendo la individualidad contractual, con el justificativo legal que se trata de un complejo sistema entramado que lo habilita.

Por otra parte, podemos precisar que si bien un sujeto que no interviene en un negocio es calificado como tercero, esta apreciación podría involucrar la intervención de un sujeto no entendido como ajeno en su totalidad. Es decir, no se trata de un tercero ajeno "puro" puesto que en la coligación de negocios sus intervinientes conocen o deberían conocer las demás contrataciones, su unión bajo un sistema o red, identificados por la finalidad económica, pues como se dijo se puede apreciar el fenómeno como un negocio único fraccionado jurídicamente.

Como se expuso, son todos contratos autónomos pero vinculados estrechamente en pos de la búsqueda de un resultado. Por tanto, quien se somete a este complejo esquema conoce desde el principio cuáles serían las eventuales consecuencias a las que se someterá y su incidencia en el resto de los negocios por ello que no se pueda hablar de un tercero ajeno al sistema (o puro). Pues, todos los sujetos intervinientes no son parte de cada negocio integrante pero bien pueden entenderse como "parte" del universo o esquema de conexidad.

En consecuencia, la libertad de contratación, el principio consensualista, el efecto vinculante y el mismo principio relativo de los contratos encuentran un supuesto donde deberán amoldarse, adaptarse o ajustarse a una nueva realidad que impone la moderna vertiginosidad contractual.

9. EL SUBCONTRATO

9.1. Introducción

Constituye una nueva incorporación al Código unificado, ya que sus antecesores el Civil y el de Comercio no regulaban concretamente la subcontratación de modo independiente. Sin embargo, es preciso señalar que era permitida —dentro del Código Civil de Vélez— en los contratos de locación de cosas (arts. 1583 a 1603), mandato (arts. 1924 a 1928) y locación de obra (art. 1645). Respecto del Código de Comercio, podía aplicarse en los contratos de transporte (arts. 163 y 171) y en la comisión o consignación (arts. 251 y 252).

Tanto la subcontratación como la cesión se han admitido con recursos jurídicos para extender los efectos de un contrato a los terceros, de allí que en la teoría contractual por lo general se los aborde desde esa perspectiva (NICOLAU).

9.2. Noción

La subcontratación presupone necesariamente la coexistencia de dos negocios uno principal y otro derivado. El subcontrato, justamente, deriva de un contrato anterior llamado base o padre y, entre ambos, participa (al menos) un intermediario que resulta parte de ambos.

El nuevo contrato (subcontrato) tiene el mismo contenido económico y la misma naturaleza jurídica que el contrato base porque el intermediario invierte su posición jurídica (GAMARRA).

Así la parte del contrato padre que subcontrata se denomina subcontratante o causadante, y el tercero que se vincula con él subcontratista o causahabiente. Como pauta general una parte puede subcontratar en la medida que no se trate de una prestación *intuitu personae* o exista una prohibición legal o contractual.

Además, se trata de una conexión unilateral, por cuanto en virtud del contrato base es una sola de las partes la que se vincula con un tercero a fin de expandir sus efectos. Por otro lado, aparece como conexión interna, porque las partes del subcontrato tienen por finalidad vincular a los efectos del contrato base al subcontratista, en torno a su objeto mediato y a su causa-fin (NICOLAU).

Siguiendo a NICOLAU, el objeto inmediato del subcontrato debe ser entendido como lo que las partes quieren, es decir, la constitución de una nueva situación jurídica que puede tener un contenido similar o no al del contrato original. Puede ocurrir que las partes asuman derechos y obligaciones que tengan prestaciones, plazos y condiciones iguales o menores a las que asumieran las partes del contrato base. Pero no sería posible establecer derechos u obligaciones más extensas que en el contrato primigenio.

Con relación a la causa fin objetiva (fin económico-social) debe coincidir con el contrato base; mientras que la causa fin subjetiva (razón de ser o motivo determinante) puede o no concordar con el contrato madre ya que tratándose de fines concretos estos pueden variar mientras no se contravenga la ley o el contrato. Un ejemplo de esto último podría darse en una locación inmobiliaria: Si la causa subjetiva del contrato base está dada por su destino —vivienda familiar— (no permitiéndose otro), no podría ocurrir que en el subcontrato se fije un destino comercial.

De este modo, el subcontrato se presenta como un negocio dependiente de otro previo (de similar naturaleza) que surge a partir de la decisión de una de las partes de trasladar su prestación acordando con un tercero su realización (siempre dentro de lo establecido en el contrato primigenio) y en la medida que la ley o la convención no lo prohíban.

Por otra parte, cabe destacar que el subcontrato correrá la suerte del contrato principal. Por tanto, extinto el contrato base implicará el finiquito del derivado.

A fin de ilustrar lo referido podría advertirse un supuesto de sublocación en la locación de cosas. Este contrato base se celebra entre el locador (a) y el locatario (b). Sin embargo, el locatario podrá intervenir como intermediario de un segundo negocio (subcontrato) por el cual convirtiéndose en sublocador (b), transmite el uso y/o goce a otro sujeto, sublocatario (c), dando origen a una nueva figura. Así el contrato base se da entre (a) y (b), mientras que el subcontrato entre (b) y (c). Dicha vinculación importa una especie o categoría de conexidad contractual.

9.3. Análisis legal

a) Definición

Con relación a su nueva concepción legislativa, en el art. 1069 del CCC se establece que: "El subcontrato es un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal".

Sobre la base de la definición legal, como se adelantó, el subcontrato constituye una nueva figura y, por lo tanto, debe reunir los elementos esenciales y particulares de aquel contrato base del cual depende.

De este modo, podemos afirmar que tenemos dos negocios claramente individualizables: aquel al cual denominamos principal, base, padre, madre o primigenio, y otro, al que se lo llama subcontrato, derivado o subordinado, por su dependencia al primero y que correrá la suerte de aquél.

Por otro lado, como también se precisó, ubicamos la subcontratación dentro de los supuestos de conexidad contractual tal como sostuvimos con motivo del Anteproyecto de reforma del año 1998 y de las ponencias presentadas en el marco de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en septiembre de 1999.

b) Efectos

Mediante el art. 1070 del CCC, el cual sienta el principio general que solamente la subcontratación será permitida en los contratos con prestaciones pendientes, que en este código son numerosos.

En efecto, la norma dispone que: "En los contratos con prestaciones pendientes éstas pueden ser subcontratadas, en el todo o en parte, a menos que se trate de obligaciones que requieren prestaciones personales".

Lógicamente, el único modo de transferir una prestación es que se mantenga en su totalidad o en parte pendiente. Aquellos contratos de cumplimiento instantáneo serían de imposible sublocación puesto que no quedan pendientes efectos que habiliten esta figura.

Al margen de la necesidad de obligaciones pendientes, también cabe puntualizar que no debe estar prohibida por la ley, el contrato y que se trate de prestaciones *intuitu personae* (prestaciones personales). En el último caso, quien contrata a un célebre pintor para confeccionar un retrato no le será indiferente si este artista no puede ejecutar la obra. Por lo que no será lo mismo que este sujeto delegue en otro profesional.

A mero título ejemplificativo, podemos enunciar algunos supuestos donde la subcontratación está específicamente contemplada en el nuevo texto legal: en la locación de cosas (arts. 1213 a 1216); en el contrato de transporte (art. 1287); en el mandato (art. 1327); y, en la franquicia (art. 1518). Para un mayor análisis, remitimos a los capítulos pertinentes.

En otro orden, hay que especificar también que los efectos del contrato original delimitan los que se generarán en el subcontrato con relación al objeto, duración e interpretación.

Tampoco podría celebrarse de modo previo al contrato base (salvo que fuera sujeto a una condición suspensiva).

Por otra parte, con relación a los arts. 1071 y 1072 del Código, es preciso señalar que el primero se refiere a las acciones que son propias del subcontratado, mientras que el segundo contempla aquellas que le corresponden al cocontratante del negocio primigenio que no ha intervenido en la celebración del subcontrato.

Según el art. 1071 CCC, el subcontratado dispone de "...a) de las acciones emergentes del subcontrato, contra el subcontratante; b) de las acciones que corresponden al subcontratante, contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de éste respecto del subcontratante. Estas acciones directas se rigen por lo dispuesto en los arts. 736, 737 y 738".

En el nuevo plexo legal, a raíz de que se ha celebrado otro acto jurídico, se establece, en la primera parte del art. 1071, que el subcontratado podrá ejercer todas las acciones emergentes del subcontrato contra el subcontratante. Va de suyo que, al estar frente a un nuevo acuerdo, se podrán incoar todas las acciones previstas para aquel. Esto es una consecuencia directa del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, quienes en este nuevo acto jurídico pueden reglar no sólo el contenido, sino las defensas jurídicas que podrán esgrimir en caso de que se incumpla el acuerdo.

Ahora bien, en la segunda parte del art. 1071, se contempla el supuesto especial mediante el cual se facultará al subcontratado para ejercer las acciones correspondientes al subcontratante contra las partes que hubieran suscripto el contrato principal, siempre y cuando estén pendientes del cumplimiento de las obligaciones de éstos últimos respecto al subcontratante.

En términos simples, el subcontratado puede entablar la acción directa (esta es, en los términos del art. 736 del CCC "...la que le compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito") contra el contratante principal, con las pautas previstas desde los arts. 736 a 738 del CCC.

Cabe destacar que la posibilidad de ejercer la acción directa en este marco tampoco es una innovación, ya que el Código Civil ([ley 340](#)) la había previsto dentro de la locación de cosas (acciones para el sublocatario por todas las obligaciones que hubiese contraído con el locatario) y el mandato (acciones para el substituido contra el mandante por la ejecución del mandato).

Finalmente, en el art. 1072 del CCC, se desarrollan las defensas que podrá esgrimir quien únicamente suscribió el contrato principal, con relación al subcontratante y al subcontratado.

Así se prescribe que: "La parte que no ha celebrado el subcontrato mantiene contra el subcontratante las acciones emergentes del contrato principal. Dispone también de las que corresponden al subcontratante contra el subcontratado, y puede ejercerlas en nombre e interés propio".

Como derivación del principio de conexidad contractual, se le concede también la acción directa al contratante principal tanto contra el subcontratado (ajeno a la relación jurídica original) como contra el subcontratante, aspecto este último lógico pues es con quien suscribió el contrato principal basado en la autonomía de la voluntad y con quien se generó el efecto vinculante o fuerza obligatoria.

Por último, cabe precisar que la extinción del subcontrato podría ocurrir por las vías o modos pertinentes (cumplimiento, resolución, rescisión, etc.). Sin embargo, siempre tendrá un límite o tope como vía de consecuencia con el contrato principal principal. Así si nos detenemos en el factor "tiempo" una locación inmobiliaria celebrada por cinco años, podría habilitar la celebración de un subcontrato por un plazo menor (ej. dos años). Finalizado este último plazo se extingue el subcontrato. No obstante, nunca podría exceder el tiempo máximo establecido en el negocio primigenio ya que sería su tope o límite que establecería su finiquito por vía de consecuencia.

CAPÍTULO XIII - EXTINCIÓN, MODIFICACIÓN Y ADECUACIÓN DEL CONTRATO. CON LA COLABORACIÓN DE CARLOS MARTÍN DEBRABANDERE

1. CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN. NULIDAD, PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Como reiteradamente hemos tenido oportunidad de referir, la manera común y natural y lógica de extinción del mismo es por el cumplimiento de las obligaciones convenidas por las partes al momento de prestar el consentimiento.

Como consecuencia del principio de la libertad de contratación y su efecto vinculante contenidos en los arts. 958 y 959 del CCC, las partes crean una norma que regirá sus relaciones privadas desde el momento del consentimiento, debiendo cumplir con las obligaciones que se han establecido.

Ahora bien, en el ámbito estrictamente jurídico, no es sólo el cumplimiento normal del contrato lo que puede ocurrirle, sino que uno todavía vigente, podrá enfrentarse a otras situaciones extintivas, entre las más típicas, la *rescisión bilateral o unilateral*, la *revocación* y la *resolución*.

Sin perjuicio de estos modos anormales más comunes o típicos, pueden existir distintas vicisitudes que podrían impedir cumplir con la palabra empeñada y no generan para ellas responsabilidad civil; nos encontramos pues, frente a situaciones que ponen fin a la vida del contrato cuando aún no se han cumplido las obligaciones convenidas al momento de su celebración, tal como sería la imposibilidad de cumplimiento o también la confusión.

En otro orden, cabe mencionar que cuando se estudian las distintas etapas de formación del contrato, pueden tener defectos o vicios que pueden afectar su validez y, en ese caso, el contrato será nulo. La nulidad puede definirse como la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico como consecuencia de una causa que debe existir al momento de la celebración del mismo (GARRIDO - ZAGO). Es decir, se anula y se deshace lo convenido por las partes ante la existencia de alguno de los vicios que la ley sanciona con la nulidad.

2. RESCISIÓN BILATERAL

Por medio de la rescisión, las partes pueden, de común acuerdo, extinguir total o parcialmente las obligaciones creadas por ellas. No actúa en forma retroactiva, sino solo para el futuro. Etimológicamente, el instituto deriva del verbo latino *rescindere* que significa rasgar o romper algo válido.

Conforme el art. 1076 del CCC, "El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros".

GASTALDI enseña que la rescisión es el "mutuo disenso" o "distracto" (un verdadero contrato extintivo) el acuerdo de voluntades por el que las partes dejan sin efecto un contrato válidamente celebrado.

O, en otros términos, un contrato en los términos del art. 957 del CCC ya que requiere el mutuo consentimiento en extinguir las obligaciones creadas por convenio, no bastando con la mera intención o posible actitud de distracto.

3. RESCISIÓN UNILATERAL

La rescisión unilateral, como hemos tenido oportunidad de referir, tendrá lugar cuando por ley o por convención se faculte a una o ambas partes (de modo indistinto) a deshacer el contrato, que ocurrirá cuando una de las voluntades así lo dispusiere.

Este concepto que brindamos es acorde al admitido por mayoría en las conclusiones de la Comisión de Contratos en el marco de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil donde se expuso que, "Cuando se habla de rescisión unilateral se alude a una declaración de voluntad unilateral recepticia, en virtud de la cual la parte de un contrato puede dejarlo sin efecto por su sola decisión (sin causa), en los casos en que esté autorizado para ello, sea por los principios generales del derecho, la ley o por el contrato".

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación consagra este modo anormal por primera vez en nuestra legislación al prescribir en su art. 1077 que "El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad".

Este modo anormal unilateral, tiene una distinción palmaria con la rescisión bilateral ya que en esta última se requiere que a partir de un contrato perfecto nuevamente las partes se pongan de acuerdo en extinguir el

vínculo. De allí que hablemos del mutuo disenso o mutuo distracto, ese verdadero contrato extintivo. En cambio, en la rescisión unilateral se faculta para que una u otra parte —de modo individual— decidan colocar fin a un negocio. Lo cierto es que su origen puede ser dual, es decir, puede surgir de la ley o de un contrato. En el primer caso podemos mencionar como ejemplo la extinción anticipada que el art. 1221 le confiere al inquilino transcurrido seis meses del arrendamiento y previo pago de la respectiva indemnización. Si bien es cierto que en el precepto se titula "resolución anticipada" no tenemos duda que existe una confusión terminológica y resulta una verdadera "rescisión unilateral" puesto que la ley faculta sólo a una parte (el inquilino) para que deje sin efecto en forma anticipada el negocio previo cumplimiento de los requisitos prescriptos.

En segundo término, el otro origen de la rescisión unilateral se da en la convención; es decir el punto de mayor cercanía con la rescisión bilateral. Sin embargo, lo que aquí se puntualiza es que cuando se celebra el contrato las partes acuerdan que, eventualmente, una u otra estarán facultadas para en un futuro dejar sin efecto el contrato por la decisión "unilateral" de alguna de ellas y sin expresión de causa. Por tanto, la decisión de extinción no resulta sobreviniente como ocurre en el supuesto "bilateral" sino que la fijación de la atribución nace con el mismo negocio jurídico y faculta un posterior ejercicio individual que es lo que caracteriza a la rescisión unilateral.

A partir del principio consensualista su incorporación en el acuerdo transformará a esta forma extintiva en un supuesto válido y ejercitable —a futuro— por cualquiera de los contratantes autorizados.

Al analizar la naturaleza jurídica de la rescisión unilateral, concluimos en que involucra un elemento *natural* de los contratos para aquellos supuestos que sean contemplados legalmente. Mientras que será *accidental* cuando dicho modo extintivo sea incorporado por las partes en el acuerdo para su posterior ejecución en forma unilateral. Dicha conclusión es a la que hemos arribado oportunamente para el pacto comisorio (actualmente llamada cláusula comisorio) en la medida que fuera expreso (accidental) o tácito (natural) y que encontramos aplicable al supuesto de estudio. Pues, más allá de tratarse de supuestos distintos (resolución - rescisión), nada impide que desde el punto de vista de su naturaleza, compartan la referida similitud.

En cuanto a sus efectos resultan *ex nunc*, es decir, hacia futuro (conf. inc. a del art. 1079 del CCC).

4. RESOLUCIÓN

La resolución es la extinción del contrato con motivo de una causal sobreviniente (ej. incumplimiento —arts. 1086 y 1087 del CCC—, frustración del fin del contrato —art. 1090 del CCC—, teoría de la imprevisión —art. 1091 del CCC—, etc.)

Dicho modo anormal de extinción, opera con efecto retroactivo en virtud de una estipulación expresa o implícita, contenida en el mismo contrato ya sea por el acaecimiento del hecho que la ley o las partes previeron.

Los caracteres de la resolución son las siguientes:

a) Depende del contrato mismo, en el sentido que constituye una cláusula expresa o implícita de él.

En cuanto a la naturaleza jurídica, el ejercicio de esta cláusula es un verdadero acto unilateral, pues se trata de una manifestación de voluntad producida por una sola parte del contrato, que no necesita de la otra, que es lícita y que tiene como finalidad inmediata aniquilar una relación jurídica.

b) La voluntad individual de cada una de las partes, no puede después de formado el contrato, modificar la cláusula resolutoria, establecida en el mismo.

5. FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO

Compartimos con GASTALDI, que la frustración del fin del contrato tiene lugar cuando de un contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada, la finalidad relevante —razón de ser— y conocida por las partes no puede lograrse —se ve frustrada— por razones sobrevinientes ajenas —externas— a su voluntad y sin que medie culpa.

En similar sentido, se ha dicho que la frustración de la finalidad es una vicisitud sobreviniente a su celebración que supone una variación de las circunstancias existentes al celebrarse aquél, que provoca que una o ambas partes pierdan interés en su cumplimiento, por haber quedado desprovisto del sentido originario (APARICIO). La frustración del fin del contrato, es parte de la patología del acuerdo, de lo anormal y no de lo común y ordinario (MOSSET ITURRASPE, FALCÓN, PIEDECASAS, DE LA TORRE YANZÓN).

LORENZETTI ha expuesto que la frustración del fin es un supuesto de imposibilidad relativa en la ejecución de un acto jurídico válido, que afecta la causa fin funcional, con efectos resolutorios o de recomposición.

Sin dudas, resulta un típico caso de resolución contractual. Es una incorporación al texto legal del Código Civil y Comercial que la Comisión de reforma había originalmente incluido admitiendo como un caso de rescisión unilateral y luego modificado en 2013 como un caso de verdadera resolución.

La frustración del fin del contrato (o de su finalidad como establece la norma) involucra la afectación de un elemento esencial: la causa. Es decir, el motivo determinante del negocio entendido como la finalidad perseguida por la partes al momento de contratar. Sin embargo, el Código Civil y Comercial no analizará este instituto en el capítulo 6º de Causa sino que ha sido reservado al capítulo 13 de extinción, modificación y adecuación contractual.

Así, en el art. 1090 del CCC se prevé que "La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando está parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial".

5.1. Su origen

Este instituto ha sido estudiado especialmente a partir de la sentencia del 11 de agosto de 1903 de la *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)* en el caso "Krell vs. Henry".

Los Sres. Krell y Henry, celebraron el 20 de junio de 1902 un contrato por el cual el último alquiló al primero un departamento en *Pall Mall* los días 26 y 27 de junio oportunidad en la que se realizaría el desfile de coronación del Rey de Inglaterra, Eduardo VII, que iba a pasar por el lugar donde estaba ubicado el departamento. El desfile se suspendió debido a una grave enfermedad sufrida por el rey y Henry se negó a pagar el alquiler. En consecuencia, Krell inició demanda por cumplimiento de contrato.

Por su parte, Henry, reconvino por la devolución del pago parcial que había efectuado. En su escrito sostuvo que al no llevarse a cabo el desfile, la causa determinante del acto había desaparecido.

Analizado el caso en particular, si bien no se había estipulado en forma expresa la causa del negocio, el magistrado sostuvo que en el contrato había una condición implícita, conforme a la cual éste estaba subordinado a la realización del desfile de coronación. Ya en instancia de apelación, la solución fue confirmada al entenderse a la causa como un elemento esencial del negocio.

5.2. Aplicación

El campo de aplicación se vinculará, lógicamente, a un contrato válido (carente de vicios que lo afecten en su génesis), bilateral (con prestaciones recíprocas, razonablemente equilibradas o uniformes), oneroso (con ventajas para las partes con sacrificios correlativos), conmutativo (donde las ventajas y pérdidas sean razonablemente conocidas por las partes) y a los aleatorios en la medida que la frustración se produzca por factores extraños al álea propia del contrato.

También cabe puntualizar que resulta aplicable el instituto a contratos de ejecución diferida o continuada (o tracto sucesivo). Es decir, a aquellos negocios cuyos efectos no se producen de manera inmediata puesto que no sería posible la futura afectación de la finalidad. Pues la frustración será siempre sobreviniente, es decir, un contrato válidamente celebrado contará con sus elementos esenciales y, en particular, la causa. La afectación (frustración) de la finalidad lógicamente es posterior a la celebración por lo que configurado los requisitos que prevé la norma en análisis habilita la extinción del vínculo vía resolución.

La acción le es conferida al afectado y sus herederos.

5.3. La operatividad de la norma

Para que el instituto pueda ser invocado por el afectado se requerirá:

a) *Una frustración temporal (si impide el cumplimiento oportuno esencial) o definitiva de la finalidad del contrato.* Sin dudas, opera la resolución por la afectación definitiva de la causa del negocio. Sólo habrá derecho a la extinción si la afectación temporal impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

Conforme enseña GASTALDI, para determinar la existencia de este requisito será necesario efectuar una investigación no sólo del contrato sino de las circunstancias que lo rodearon en su génesis y en su funcionamiento. Ello es así por cuanto el fin relevante (razón de ser o motivo determinante) no siempre aparece con claridad, en forma expresa —como sería si los contratantes lo han especificado—, sino que resultará incluido tácitamente, conforme la actitud de las partes y las circunstancias en que se concretó el negocio.

b) *Con causa en una alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato al momento de su perfeccionamiento.* De modo que ha de trascender lo ordinario o las circunstancias que normalmente ocurrirían, de manera similar a lo que ocurre en la imprevisión que se referenciará dentro de este acápite y que, en extenso, ha sido tratado en el capítulo inicial de disposiciones previas. Sin embargo, en el supuesto de imprevisión la causa no desaparece. Sólo se torna más gravoso el cumplimiento de la prestación por resultar inequitativa, justamente, por un acontecimiento extraordinario e imprevisible que sobreviene.

Creemos que habría sido importante que la norma previera más allá del carácter extraordinario de la alteración, la "imprevisibilidad" de la mutación.

c) *Circunstancia ajena a las partes y que supere el riesgo asumido por la parte afectada.* Al puntualizarse como requisito que las circunstancias que rodean la frustración sean ajenas a las partes la norma refiere a que se requiere ausencia de culpa y que tampoco se estuviera en mora. Caso contrario no procede el instituto. La parte que plantea la frustración debe haber cumplido o estar en situación de cumplir con su prestación.

5.4. Distinción entre la frustración del fin y la imposibilidad de cumplimiento

La diferencia entre ambos institutos reside en que la "imposibilidad" (material y objetiva) de cumplimiento se relaciona con el objeto del negocio, mientras que en la frustración, si bien existe una suerte de imposibilidad de cumplir el contrato (GASTALDI), la misma se vincula estrictamente con la finalidad o causa-fin. Además, en el primer caso se carece, material o jurídicamente, de la alternativa de cumplimiento, mientras que en la frustración sí podría cumplirse pero resulta totalmente inútil. Aquí traemos nuevamente el fallo sobre la coronación del rey. Pagar por un desfile que no se realizará (en el caso por enfermedad) hace perder la razón de ser de la conducta del contratante que si bien puede pagar, la pregunta sería ¿para qué?, o ¿en razón de qué?

Tanto en un supuesto como en el otro operan respecto de contratos de ejecución diferida o continuada. Sin embargo, aquellos negocios de ejecución inmediata o instantánea sólo serán susceptibles de aplicárseles la imposibilidad de cumplimiento.

6. IMPREVISIÓN

Este instituto tiene fundamentación o razón de ser en la buena fe contractual y el principio de equidad. Permite que, en la medida que la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa, por causas extraordinarias e imprevisibles, que el afectado pueda desligarse de su obligación (atentando así contra el efecto vinculante) planteando dos eventuales acciones: a) la resolución (total o parcial), o b) un reajuste o adecuación del negocio.

Conforme el art. 1091 del CCC se establece que: "Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación de torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia".

Remitimos al lector al capítulo II sobre disposiciones generales donde se analiza el instituto de la imprevisión en detalle y como límite a la autonomía de la voluntad.

7. REVOCACIÓN

Por su parte la revocación, también contemplada en el art. 1077 del CCC, la definimos como un modo anormal de extinción contractual de ejercicio unilateral. Por tanto, es ejercida por una sola de las partes y sólo en aquellos supuestos estipulados legalmente (ej. donación o mandato).

Como especifica BORDA, la idea de revocación está unida a la de liberalidad, por ello generalmente su campo propicio contractual son las donaciones, mientras que ya en el campo sucesorio, los testamentos.

Según MOSSET ITURRASPE, quien revoca retrotrae su voluntad originaria, que concurrió a dar nacimiento al negocio, y ocasiona la cesación de los efectos desde ese momento o sea *in futurum, ex nunc*. Los efectos ya producidos quedan firmes tanto entre los contratantes como con relación a terceros.

Aun así, requerirá de una justa causa (ej. incumplimiento de los cargos en la donación) aspecto distintivo con la rescisión unilateral cuando procede por disposición legal.

No debe confundirse, asimismo, revocación y nulidad, son dos conceptos distintos pues mientras la primera actúa para dejar sin efecto un vínculo contractual originariamente válido; la nulidad, impide la existencia los efectos del contrato por causas exteriores o contemporáneas a la celebración. La revocación, en definitiva, destruye la existencia misma del contrato, como si nunca hubiese existido.

Sus efectos, conforme lo prescripto por el inc. a del art. 1079 del CCC opera hacia el futuro.

8. PROCEDIMIENTO Y DISPOSICIONES GENERALES PARA LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

Conforme se adelantara acerca de los diversos modos anormales de extinción de los contratos el nuevo Código Civil y Comercial adopta el método de categorías pareadas. A la rescisión bilateral (art. 1076 CCC) le opone una categoría contraria: la extinción por declaración de una de las partes (rescisión unilateral, revocación y resolución —art. 1077 CCC—).

Ahora bien, en la medida que ambas partes decidan de común acuerdo (mutuo disenso o distracto) dejar sin efecto el negocio, requerirán de un nuevo acuerdo sobre la manera de disolverlo. Es decir, así como en algún momento los sujetos permitieron el nacimiento de un contrato, de común acuerdo pueden modificar sus pautas e, incluso, extinguirlo siempre que exista una voluntad común para ello.

Este procedimiento resulta sencillo en la medida que se trate de una rescisión bilateral. Sin embargo, las pautas difieren para la declaración de extinción por declaración unilateral (art. 1078 CCC).

En efecto, el art. 1077 del CCC abarca conjuntamente la rescisión unilateral, la revocación y la resolución. El ejercicio por parte de un único integrante del negocio dependerá de lo establecido contractualmente o por disposición legal (art. 1078 CCC).

8.1. Un doble procedimiento unilateral

Las partes pueden optar por extinguir unilateralmente a través del camino judicial o, por defecto, el extrajudicial (inc. b, art. 1078 CCC). Corresponde aclarar que esta decisión de finiquito no excluye, en primer término, el planteo de cumplimiento forzado con la reparación de los daños por la mora, es decir, por la falta oportuna de éste y luego, de corresponder, la posibilidad de petitionar su extinción (inc. e, art. 1078 y art. 1085 del CCC).

8.2. La opción judicial

En la medida que se optase por el inicio de un juicio se aplicarán básicamente las pautas de los códigos procesales. Es decir, plazo para interponer demanda, excepciones, contestación o reconvención, propuesta de medios probatorios (ej. prueba testimonial, cantidad de declarantes, oportunidad para la propuesta, etc.). Así planteado de modo unilateral de extinción (ej. resolución) corresponderá al otro contratante la carga de contestar la demanda (o eventualmente reconvenir) para que una vez trabada la *litis* o cerrada la etapa procesal que define quiénes serán los litigantes (parte actora y demandada), el juez dispondrá, de corresponder, la apertura a prueba del juicio para que los integrantes del pleito puedan demostrar la existencia del contrato, su alcance y, en definitiva, los presupuestos que habilitan la extinción por petición de una de las partes.

Cabe aclarar que podrán existir supuestos en los cuales la ley exija que el declarante le brinde la chance de cumplimiento tardío —ej. cláusula resolutoria implícita— (supuesto de requerimiento previo sobre el que puntualiza la norma). Para estos casos, el inc. f del art. 1078 brindará aun en el camino judicial la chance de cumplimiento del demandado hasta el momento del vencimiento del plazo de emplazamiento (contestación de la demanda). No obstante, avanzaremos sobre este supuesto *infra* cuando analicemos en particular la figura de la cláusula resolutoria implícita (como sucesora del pacto comisorio tácito que preveía el art. 1204 del Código Civil, [ley 340](#)).

Cerrada la etapa probatoria donde las partes se valdrán de los diversos medios que estimaron corresponder para demostrar la procedencia (parte actora) o improcedencia (parte demandada) de la demanda, previa presentación de alegatos (de corresponder) el magistrado dictará sentencia. Dicha decisión, sin perjuicio de las instancias de apelaciones en instancias superiores, hará cosa juzgada sobre la procedencia de la acción de disolución y gozará de *imperium*, es decir, de fuerza legal suficiente para ser impuesta a la parte perdedora aspecto sobre el cual velará el juez interviniente a pedido de parte.

En definitiva, al optar las partes por el camino judicial, elegirán un procedimiento seguro y fácilmente ejecutable (aunque probablemente más lento) para poner fin a un negocio donde ya no será a través del Código Civil y Comercial donde se establezca, principalmente, el procedimiento sino, como dijéramos, el Código Procesal de la Nación o provincial que corresponda.

Sin dudas, la demanda de extinción contractual ante un tribunal impedirá la posibilidad de deducir una acción de cumplimiento (inc. g, art. 1078 CCC).

8.3. El camino extrajudicial

Fuera del ámbito del juicio, podrá la parte —de manera unilateral— optar por un procedimiento extrajudicial para poner fin al negocio jurídico.

Entre los presupuestos esenciales que admiten la procedencia se requerirá:

a) El planteo por la parte cumplidora frente a un incumplimiento esencial (art. 1084 CCC y aplicable tanto en el ámbito judicial como extrajudicial) de la otra. O, en definitiva, el presupuesto contractual o legal que habilite la desvinculación de modo unilateral.

b) Quien efectúe el planteo deberá hasta allí haber cumplido con las prestaciones a su cargo o haber estado en condición de poder cumplir. Caso contrario, el destinatario de la declaración de finiquito podrá oponerse (inc. c, art. 1078 CCC).

c) La comunicación. Al optarse por este tipo de procedimiento se requerirá de una comunicación que no dudamos en tildar de "fehaciente". Una carta documento, telegrama colacionado, etc. serán los medios o vehículos esperables y demostrables de la voluntad extintiva.

Cabe destacar que la norma en estudio no descarta otros medios como podría resultar la misma comunicación verbal, sin embargo, debemos reparar en su dificultosa demostración ulterior en caso de negativa del destinatario de la voluntad de disolución.

Además, todo contrato involucra un acto jurídico cuya naturaleza jurídica es bilateral. No obstante, no debe soslayarse que no todos los negocios serán integrados por dos partes, es decir, un vendedor y un comprador; un donante y un donatario; etc. Bien podría tratarse de un contrato donde exista pluralidad de sujetos. Para este último caso la ley resulta clara en que todos deberán optar por la declaración de extinción y deberá dirigirse contra todos los sujetos destinatarios (inc. a, art. 1078 CCC).

d) Optado por la opción de finiquito unilateral, el contrato se extingue de pleno derecho, por lo cual no subsiste ninguna posibilidad de exigir posteriormente el cumplimiento del negocio. Tampoco perdura el derecho de cumplimiento del destinatario de la declaración. En efecto, existe libertad de elección de plantear el cumplimiento o la extinción. Si se opta por el primero, nada impediría que la parte legitimada luego decida cambiar por la extinción del contrato. Sin embargo, este procedimiento no ocurre en sentido contrario; si se decide por la disolución no se podrá ulteriormente pretender su cumplimiento, aclarando el inc. f del art. 1078 del CCC que la comunicación extintiva se materializa de pleno derecho con sólo el anoticiamiento del destinatario.

La extinción del contrato, sea por esta vía (extrajudicial) o incluso por el camino del litigio siempre dejarán subsistentes las estipulaciones vinculadas, principalmente, a la restitución de lo entregado en ocasión del contrato o la misma reparación de daños (inc. h, art. 1078 CCC).

Sobre este último punto es que prescriben los arts. 1080, 1081 y 1082 del Código unificado.

En torno a la restitución de lo otorgado y tratándose de un contrato bilateral, dicha restitución debe ser recíproca y simultánea. Es decir, deben entre ambas partes devolverse de modo paralelo, coetáneo o concurrente lo otorgado hasta ese momento. Tratándose, por ejemplo, de una compraventa donde se entregó la cosa objeto del contrato y por la que se percibió parte del precio, se debería, al menos como principio, restituirse ambas prestaciones.

De igual modo, el art. 1081 del CCC especifica qué ocurre con las prestaciones cumplidas. Para ello podríamos pensar en un contrato de locación inmobiliaria donde se trata de un negocio de tracto sucesivo o de ejecución continuada donde el locador debe garantizar, entre otras obligaciones, el uso y/o goce pacífico de la cosa durante todo el período contractual; mientras que el locatario deberá pagar periódicamente el canon locativo, hacer buen uso y cuidar de la cosa. Si el contrato fuese extinguido por falta de pago luego de un año de una correcta conducta o si el inquilino hiciese uso de la facultad extintiva unilateral transcurrido los primeros 6 meses de la locación, cabe preguntar ¿qué ocurre con los meses en los cuales se usó/gozó de la cosa y se pagó el alquiler? Pues bien, dichas prestaciones quedarán firmes conforme el inc. b del art. 1081 del CCC en la medida que resulten equivalentes y divisibles tal como ocurre en nuestro ejemplo.

Eventualmente, para efectuar una restitución al acreedor o, más precisamente para estimar su valor, se deberán tener en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de haberse cumplido la prestación y la utilidad frustrada (inc. c del art. 1081 del CCC).

Por otro lado, los daños y perjuicios incluirá el reembolso total o parcial (según corresponda) de los gastos generados por la celebración del contrato y eventuales tributos pagados. Desde luego, si se pactase una cláusula penal, entendida como estipulación para asegurar el cumplimiento de una obligación donde se estipula una pena o multa en caso de retardo o no ejecución de tal compromiso (art. 790 del CCC).

9. CLÁUSULA COMISORIA EXPRESA E IMPLÍCITA

9.1. Antecedentes. Noción. Naturaleza jurídica

La cláusula comisoria expresa e implícita tiene su origen en los antiguos arts. 1203 y 1204 del Código Civil y del art. 216 del Código de Comercio.

Sobre dicho instituto enseñábamos que estaba constituido por una cláusula legal o convencional de los contratos con prestaciones recíprocas —o bilaterales— en virtud de la cual la parte cumplidora del contrato, frente al incumplimiento culpable de la contraria, tenía una opción de exigirle el cumplimiento o plantear la resolución del contrato.

En dicha línea puntualizábamos que revestía fundamental importancia el punto referido a la opción. Tal opción estaba dada por la facultad de exigir el cumplimiento o plantear la resolución del contrato.

Asimismo, al igual que en el nuevo Código Civil y Comercial, la cláusula en cuestión constituye un efecto propio de los contratos bilaterales.

En cuanto a su naturaleza jurídica seguimos admitiendo que se trata de un elemento natural de los contratos bilaterales, en el supuesto de la cláusula comisoria implícita, y de uno accidental en la cláusula expresa.

El instituto es, en esencia, la resolución de un contrato por voluntad de la parte cumplidora y ante el incumplimiento de la otra.

Recordemos que etimológicamente, resolución proviene del latín *resolvere* y ésta de *re* y *solvere* es decir soltar, desatar.

Debemos aclarar también, que como ya lo hemos expresado y de conformidad con la definición legal de contrato, entendemos que el contrato no es sólo creador de obligaciones, sino que también puede extinguir las, modificarlas o aún constituir mediante él, derechos no creditorios.

De lo dicho se desprende que el efecto de la cláusula comisoria al resolver el contrato puede tener una amplitud muy superior a la mera resolución de las obligaciones creadas por el acuerdo. Al respecto conviene dejar a salvo las limitaciones establecidas por la doctrina con relación a los terceros y la necesidad de la tradición en los derechos reales.

Asentado lo anterior, cabe precisar que actualmente los arts. 1086 y 1087 del CCC son los sucesores de los arts. 1203 y 1204 del Código Civil ([ley 340](#)) que preveían el pacto comisorio expreso y el tácito y situaciones que nos detendremos a analizar seguidamente.

a) Cláusula resolutoria expresa

Tratándose de la cláusula resolutoria expresa, el art. 1086 del CCC establece que: "Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver".

Al resultar contratos bilaterales o con prestaciones recíprocas, el incumplimiento de una de las partes habilitará a la otra (cumplidora o en oportunidad de cumplir) que plantee el cumplimiento forzado o, de conformidad a la norma, la disolución total o parcial del vínculo. La estipulación legal en análisis es clara, podrá proceder la resolución ante incumplimientos genéricos o específicos que se identifiquen expresamente en el contrato. Sin embargo, como pauta elemental se requerirá de un incumplimiento grave o más específicamente "esencial".

Esta última característica se precisa en el art. 1084 del CCC que prevé que: "A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato". Y será considerado tal cuando:

- i) El cumplimiento estricto de la prestación resulte fundamental dentro del contexto del contrato.
- ii) El cumplimiento tempestivo de la prestación sea condición del mantenimiento del interés del acreedor.
- iii) El incumplimiento prive a la parte afectada de lo que sustancialmente tendría derecho a esperar.
- iv) El incumplimiento sea intencional.
- v) El incumplimiento haya sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

En conclusión, constatándose alguno de estas pautas podrá admitirse el incumplimiento como esencial como primer presupuesto que habilita la pretensión de resolución.

En otro orden, también corresponde puntualizar que al optarse por la vía extintiva de la resolución esta podrá ser total o parcial. Así se prescribe en el art. 1083 del CCC y corresponde puntualizar que ambas acciones (resolución total o parcial) son excluyentes entre sí. Se podrá elegir una u otra pero el hecho de optar por una inhabilita automáticamente el progreso de la otra.

Aun cuando la norma no lo especifica, estamos convencidos que la facultad prevista en la cláusula resolutoria expresa podrá plasmarse tanto extrajudicialmente como ante los tribunales a través de la acción pertinente. Sin embargo, la norma referirá sólo al reclamo extrajudicial cuando precisa "...la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver".

De conformidad con lo ya analizado en el art. 1078 del CCC, la resolución requerirá de la comunicación del ejercicio del modo extintivo. Es decir, se requerirá que la parte cumplidora (o que pudiese hacerlo) informe (comunique) a la incumplidora su decisión de disolver total o parcialmente el contrato. No obstante el art. 1086 del CCC traerá una precisión mayor sobre la que puntualizamos *supra*; la comunicación deberá ser "fehaciente", característica fundamental para tan drástico destino adoptado.

En consecuencia, siguiendo la vía extrajudicial, operado el incumplimiento genérico o específico pactado contractualmente o, en definitiva, mediando cumplimiento esencial, la parte cumplidora podrá oponer la cláusula resolutoria expresa a la incumplidora y el contrato deberá considerarse "resuelto" de pleno derecho desde que la misma comunicación fehaciente es recibida por la parte incumplidora.

Desde luego, si se optase por la vía judicial, para considerar operada la resolución será el magistrado quien deberá consagrarla mediante sentencia.

b) Cláusula resolutoria implícita

De conformidad con lo establecido en el art. 1087 del CCC, "En los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita y queda sujeta a lo dispuesto en los arts. 1088 y 1089.

De modo que tratándose de un contrato bilateral o de prestaciones recíprocas, aunque las partes nada digan se entenderá implícita la facultad de resolver el negocio.

En este caso, también se requerirá que quien plantee este particular modo de disolución se trate de la parte cumplidora o que sin haberlo hecho se encuentre en una situación de poder hacerlo.

Por otro lado y de conformidad con el art. 1088 del CCC se requerirá:

i) Un incumplimiento esencial (art. 1084 del CCC) y si el incumplimiento fuese parcial que tuviese suficiente entidad en razón de las expectativas que la parte cumplidora ha tenido en el negocio.

ii) La mora del deudor, lo que es lógico y fundamental. Se requerirá que exista un incumplidor como presupuesto de ejercicio de la cláusula tácita extintiva.

iii) Que el acreedor (parte cumplidora) emplace al deudor (incumplidor) bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no inferior de quince días, excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor.

Siempre desde la óptica del reclamo extrajudicial, el cumplidor debe intimar al incumplidor a que "cumpla". Aquí la gran diferencia con la cláusula resolutoria expresa. Mientras que en esta última al contarse con la estipulación sólo basta con la comunicación que la hace efectiva y opera de pleno derecho, en la cláusula implícita la ley prevé un procedimiento especial.

En efecto, si bien se admite como implícita (tácita) en todo contrato bilateral la ley exige un proceso particular para que pueda admitirse la resolución total o parcial del negocio jurídico. Se debe dar una última chance de cumplimiento al deudor de la prestación (parte incumplidora). El plazo para el mentado cumplimiento no podrá ser inferior a los 15 días. Aquí se debe reparar que la ley no dice 15 días precisamente sino "no menor" a dicha cantidad. Por tanto, el plazo siempre podrá ser mayor (ej. 30, 159, 999 días). Lo que nunca puede ocurrir, al menos como principio, que se trate de un plazo inferior a esos 15 días que, en definitiva, el legislador ha considerado como plazo mínimo que se le debe otorgar al incumplidor para que revea su conducta y pueda (si así lo desea) honrar la palabra empeñada y cumplir su prestación.

No obstante, este plazo no inferior a 15 días tendrá sus excepciones: En primer lugar admitirá un término menor según los usos (usos y costumbres) o atendiendo a la índole de la prestación. Este último caso es el que tanto la doctrina y la jurisprudencia referían a la obligación de "plazo esencial". Pues si la novia se casaba en 8 días y no se le entregaba a tiempo el vestido para tan trascendente ocasión ¿de qué le servía intimar al diseñador por un plazo no inferior a 15 días? Aun optando por el mínimo (15 días) resultaba totalmente en vano toda vez que el matrimonio y su celebración acaecían en un plazo menor. De este modo, bien podrá la novia intimar de modo fehaciente por un tiempo inferior al término mínimo legal por tratarse del cumplimiento de una obligación de plazo esencial.

iv) Transcurrido el plazo no inferior a 15 días o los supuestos de excepción, la resolución operará de pleno derecho. Para ello, se requerirá de un emplazamiento fehaciente (ej. carta documento) mediante el cual la parte cumplidora intime a la incumplidora a que haga efectiva su prestación en el plazo que se determine (que como se vio no podrá ser menor a 15 días) bajo apercibimiento de que transcurrido tal plazo se considerará resuelto el negocio de manera automática. Por tanto, si el intimado (deudor de la prestación) deja transcurrir el tiempo otorgado para el cumplimiento de la prestación adeudada operará de pleno derecho la disolución contractual por resolución.

v) Por otra parte, cabe precisar que el art. 1088 del CCC admite, a manera de excepción, que tratándose de la cláusula tácita que se admita la resolución de pleno derecho con la notificación y recepción por parte del incumplidor y ocurrirá cuando: 1) Si ha vencido el plazo esencial para su cumplimiento (véase el ejemplo anterior del vestido de la novia para la noche de bodas); 2) si la parte incumplidora ha manifestado su decisión

de no cumplir; 3) si el cumplimiento resulta imposible (ej. por desaparición o pérdida de la cosa que debe entregarse).

b.1. Resolución por ministerio de la ley

El art. 1089 del CCC prevé que: "El requerimiento dispuesto en el artículo 1088 no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales".

En este caso, la ley viene a precisar que existirán casos en los que la ley admita la extinción unilateral y en los que no será necesario brindar con el emplazamiento un plazo no inferior a 15 días para el cumplimiento. Bien podría tratarse de una rescisión unilateral en un contrato de larga duración (suministro por ejemplo) donde se admita la posibilidad que alguna de las partes deje sin efecto el negocio anoticiando previamente a su cocontratante (art. 1183 del CCC). O incluso mediando la revocación de una donación por incumplimiento de un cargo; la frustración de la finalidad de un negocio, etc. En todos estos casos no operará el procedimiento previsto para la cláusula resolutoria implícita.

10. REVISIÓN JUDICIAL

En el siglo XX surgieron varias teorías que propiciaron la adecuación del contrato adaptando a las circunstancias del caso la máxima *pacta sunt servanda*. El "Landrecht prusiano" o Derecho territorial de Prusia, adelantando a su tiempo, incluyó en el párr. 377 el principio según el cual no puede denegarse el cumplimiento del contrato a causa de la transformación de las circunstancias, salvo que, por una imprevista transformación de ellas, se hiciere imposible la consecución de la finalidad última de ambas partes, expresamente declarada o deducida de la naturaleza del negocio.

Por otro lado, la jurisprudencia anglosajona adhirió a la revisión del contrato para adecuarlo a circunstancias sobrevinientes, con motivo de los conocidos "casos de Coronación". En el derecho norteamericano, el mayor avance en esta tendencia quizás pueda considerarse representado por la moderna "teoría del contrato relacional", expuesta por IAN MACNEIL embrionariamente en 1974, en dos trabajos "The Many Futures of Contracts" (*Southern California Law Review*) y "Restatement" (Second) of Contracts and Presentation" (*Virginia Law Review*, vol. 60).

Los esfuerzos por adecuar el contrato a sus circunstancias constituyen modos de ir realizando la justicia. Para ello es imprescindible tener en consideración la realidad social del contrato que, como toda realidad, se mueve al hilo de su finalidad objetiva (incluyendo la causalidad como complemento de la finalidad) y su posibilidad que culmina en la efectividad, entendida ésta como lo socialmente verdadero. Causalidad, finalidad y posibilidad son tres categorías sociológicas fundamentales en el derecho contractual.

Ahora bien, la revisión judicial de los contratos es un tema que ha cobrado gran notoriedad en nuestro país a partir de la crisis producida a fines del año 2001 que motivó un gran cambio en la realidad social de los acuerdos. En muchos casos, se dejó de lado una condición esencial, que es la seguridad jurídica y que representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley. La seguridad jurídica es uno de los valores más preciados en el ámbito de los negocios jurídicos y necesaria para la vida y desenvolvimiento de los individuos que integran una sociedad.

La mencionada crisis obligó, a la conducción económica de nuestro país, a adoptar algunos trascendentes cambios en materia normativa provocando una desestabilización en la cadena de negocios contractuales por las denominadas "normas jurídicas de emergencia".

Según CIFUENTES, los argentinos, y en general los latinoamericanos, "gozamos, del bien ganado prestigio, de no respetar las leyes. A esta falta de madurez para la convivencia organizada y libre —sólo la ley es

garantía de libertad— se debe, en principal medida el desorden institucional que nos aqueja de continuo y que, en las frecuentes crisis periódicas, asume contornos lamentables".

En el ámbito contractual, el que naturalmente debe construirse alrededor de la fuerza jurídica de la autonomía de la voluntad, las normas sobre pesificación adoptada en nuestro país afectaron a los contratos de cumplimiento diferido y, en especial, a los de tracto sucesivo.

El contrato supone un cierto equilibrio fruto de la denominada justicia contractual, la que exige una cierta relación de equivalencia, al menos en los contratos onerosos aunque esta equivalencia no sea matemática.

Siempre se ha destacado que la principal herramienta para que los contratantes compongan sus relaciones privadas está dada por la renegociación privada (NICOLAU). Sin embargo, para aquellos supuestos en los que el acuerdo no resulte posible, la vía judicial será el origen natural en la cual se dirimirá el alcance y modo de la recomposición entre las partes del contrato. En nuestro país la emergencia económica renueva cíclicamente este desafío. Con la sanción de la [ley Nº 25.561](#) la República Argentina abandonó el régimen de convertibilidad de su moneda con el dólar vigente a partir de la [ley Nº 23.928](#) ampliada a mediados del año 2001 con la sanción de la [ley Nº 25.445](#).

Afirmamos que, con el cese de la convertibilidad, se produjo una modificación en la moneda nacional. Desde ese momento dejó de existir el peso convertible. La ley de convertibilidad o de paridad entre el peso y el dólar americano creó en su momento una nueva moneda; dejó de existir el austral y nació el peso al que debemos agregarle la calificación de convertible y para diferenciarlo de la moneda existente antes del austral y del peso argentino. Al derogarse explícitamente la posibilidad de que el Banco Central venda a requerimiento del público dólares a la paridad uno a uno con el peso convertible es evidente que se extinguió aquella moneda dando nacimiento a otra también denominada peso pero a la que le debemos agregar el calificativo de inconvertible.

Además la [ley Nº 25.563](#) de emergencia trajo nuevas relaciones de valor para el tipo de cambio juntamente con la sanción del [decreto Nº 260/02](#) que puso en vigencia un régimen de cambio libre. El hecho de la aparición del peso inconvertible debe poner en duda la razonabilidad de la [ley Nº 23.928](#) en tanto cuanto impide indexar las obligaciones. La [ley Nº 25.561](#) introdujo una categorización de las obligaciones originadas en los contratos (en realidad, categoriza a estos últimos, que producen aquéllas), hasta ahora no conocida, dividiéndolos en tres grandes especies: a) vinculadas al sistema financiero (capítulo I), b) originadas en contratos de la Administración, es decir, los regidos por el derecho público (capítulo II) y c) derivadas de contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero (capítulo III). Los decretos han mantenido esta distinción.

Las normas principales respecto del tema, son: el [art. 11](#) de la [ley Nº 25.561](#), el 4º y el 8º del [decreto Nº 214/02](#), el 1º y 2º del [decreto Nº 320/02](#) y el [decreto Nº 762/02](#). Cabe también mencionar, por su importancia en las soluciones que deban adoptarse en materia de contratos —en general y en especial los de compraventa y locación de cosas—, el [art. 4º](#) de aquella ley, en cuanto mantiene y/o modifica normas de la [ley 23.928](#), de "Convertibilidad".

Recordemos lo que establece la [ley Nº 25.561](#), en su [art. 7º](#), ubicado en el capítulo denominado "De las obligaciones vinculadas al sistema financiero": "Las deudas o saldos de las deudas originalmente convenidas con las entidades del sistema financiero en pesos vigentes al 30 de noviembre de 2001, y transformadas a dólares por el Decreto Nº 1570/2001, se mantendrán en la moneda original pactada, tanto el capital como sus accesorios. Derógase el [art. 1º](#) del decreto 1570/2001. Los saldos deudores de titulares de tarjetas de crédito y los débitos correspondientes a consumos realizados fuera del país, serán consignadas en pesos y pagaderos en pesos. Sólo podrán consignarse en dólares, u otras divisas, los consumos realizados fuera del país. Los saldos deudores pendientes de pago a la fecha de promulgación de la presente ley, serán cancelados, en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1): UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1)".

A su vez, el [decreto Nº 320](#) (B.O. 15/02/02) "aclara" el [art. 8º](#), en el sentido de que "a los efectos del reajuste equitativo del precio... se deberá tener en cuenta el valor de reposición de las cosas, bienes o prestaciones con componentes importados".

Para tener un norte que permita el reajuste, obviamente se recurrirá al abuso del derecho, a la lesión y también a la imprevisión.

Ahora bien ¿no fue un hecho imprevisible el corralito bancario que en muchos casos impidió el cumplimiento contractual? Estamos convencidos.

Es que si bien los contratos han sido celebrados para ser cumplidos, no es menos cierto que ellos no pueden llevar a la ruina a una de las partes cuando ella no ha sido la culpable del incumplimiento. No puede ser el contrato un instrumento de opresión y de injusticia.

Un convenio supone siempre condiciones equitativas y sus efectos previstos por las partes, pero medidas económicas como las dispuestas lo desvirtúan. Lo que las partes, razonablemente no pudieron prever no forma parte del deber de conciencia de cumplir con lo prometido (BORDA).

Sostenemos también que a partir de la teoría de la causa final podemos arribar a soluciones valiosas. Efectivamente, la causa final es un elemento esencial general de los contratos y en este tema la teleología es el hilo conductor de la justicia contractual. Dicha causa es un elemento que permitiría restablecer el valor de la prestación notablemente alterada; la notable alteración de los términos del intercambio podría llegar hasta a la aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato. La tutela del mantenimiento de los valores del intercambio indica la preservación razonable de los términos del mismo. Es decir, se impone analizar la preservación razonable de los valores en el marco particular de las funciones de cada contrato. Es decir, se aplicará en su caso la función económica y social de la causa fin a fin de obtener un reajuste razonable de los valores de intercambio.

Asimismo, otro modo de solucionar la injusta situación producida en el campo de los contratos es la utilización de la vara de la equidad para determinar si se han afectado los valores y términos del intercambio.

En esta tarea de recomposición, en la que obviamente el primer esfuerzo estará en manos de las partes y de sus asesores jurídicos, será la equidad la que deberá cumplir un rol fundamental, debiendo asumir las partes que lejos de obtener alguna ganancia, todos deben estar dispuestos a perder un poco (VÁZQUEZ FERREYRA).

La equidad como manifestación funcional del conjunto de principios generales del derecho tiene especial significación en el marco de los derechos patrimoniales, y particularmente en el ámbito del contrato.

La posibilidad de ser necesaria la aplicación de la equidad, a los fines de una adecuación, puede derivar de un precepto positivo, o bien de lo que cabe considerar como normas abiertas, tal como por ejemplo la relativa al principio de la buena fe.

Es dable una aplicación en base a equidad del órgano jurisdiccional, tendiente al mantenimiento de la ecuación real y/o económica del contrato, si las especiales circunstancias de la causa revelan que en el caso concreto, de otro modo, aparece clara y nítidamente configurado un ejercicio antifuncional del derecho por parte de uno de los contratantes. No resulta admisible tal aplicación sobre la exclusiva base de una apreciación genérica *a priori* de equidad.

Como principio, obsta a la aplicación de pautas de equidad cuando el desequilibrio de la ecuación contractual ha sido consecuencia del incumplimiento, la mora o la culpabilidad del contratante afectado en el mismo.

La facultad de adecuar el objeto de obligaciones emergentes de un contrato fundada en equidad, puede operar tanto para reducir como para incrementar la prestación originaria de cualquiera de las partes.

La equidad en el ámbito de los contratos, tiene una significación particular en la interpretación de los mismos y en particular para proteger a la parte más débil.

La regla de interpretación *favor debitoris*—también enunciada *in dubio pro debitoris* o principio de "liberación del deudor"— forma parte de un conjunto de principios que si bien no son absolutos, se aplican en el derecho tendiendo a proteger a la persona ante circunstancias especiales en que la decisión de una situación con implicancias jurídicas para ella admite, entre dos o más posibilidades, una interpretación o solución que lo favorece.

CAPÍTULO XIV - CONTRATOS DE CONSUMO. CON LA COLABORACIÓN DE IVANA C. CENTANARO

1. INTRODUCCIÓN

En su discurso del 15 de marzo de 1962 el presidente JOHN FITZGERALD KENNEDY en el mensaje especial al Congreso de los Estados Unidos acerca de la protección de los consumidores enunció: "consumidor, por definición, nos incluye a todos".

En palabras de JUAN FARINA "todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios. La actividad económica tiende a la satisfacción de esas necesidades, y toda la actividad mercantil está dirigida (con ánimo de lucro) a llenar necesidades, comodidades, gustos y hasta vanidades humanas".

El CCC incorpora aspectos sustanciales en materia de consumo, específicamente en contratos de consumo, manteniendo y armonizando con los principios ya consagrados en la Constitución Nacional y en la [ley 24.240](#) y sus modificatorias.

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial ([ley 26.994](#)) los contratos de consumo quedaban abarcados por la [ley 24.240](#), integrados por las leyes específicas y complementadas por las normas de derecho común. La [ley 24.240](#) legisla basada en la existencia de un acto jurídico oneroso, pero su alcance no se limita exclusivamente a las relaciones contractuales.

2. CONCEPTO

Para una comprensión acabada de la definición de contrato de consumo resulta necesario definir al sujeto activo, toda vez que esta condición (de consumidor) da inicio a una protección más amplia, y por ello se define en el art. 1092 CCC a la relación de consumo como "el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor". En dicho artículo se considera consumidor a "la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Este artículo, y en el mismo sentido la [ley 24.240](#), hace extensivo y equipara al consumidor con el consumidor expuesto que resulta ser aquel que "sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

El art. 1093 del CCC define al contrato de consumo como aquel "celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

No existía en el Código Civil ([ley 340](#)) denominación alguna de los contratos de consumo. Por su parte, en la [ley 24.240](#) que regula la defensa del consumidor y del usuario, no se define a los contratos de consumo, pero sí a las cláusulas abusivas de éstos, a las condiciones para la formación del consentimiento para la celebración de los contratos, a los efectos jurídicos y a las particularidades del régimen de responsabilidad en materia de consumo.

El art. 1092 del CCC, como hemos visto, abarca dentro de las relaciones de consumo no sólo al que adquiere bienes sino también servicios; por lo tanto la tutela alcanza a los usuarios entendiendo a éstos como aquel que es destinatario de un servicio de cualquier naturaleza.

La [ley 26.994](#), en su anexo II, unifica la definición de consumidor en la legislación Argentina primando la contenida en el art. 1092 del Código Civil y Comercial. Se eliminó en la definición de consumidor la mención a tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Y se despejó cualquier duda acerca de la condición gratuita u onerosa en la calidad de consumidor o consumidor expuesto, por lo tanto el consumidor puede ser oneroso o gratuito.

En este mismo sentido, la jurisprudencia tiene un criterio amplio con respecto a la inclusión de modalidades de contratación en el marco de las relaciones de consumo: "Gran parte de los contratos informáticos propiamente dichos estarán incluidos en la órbita de los contratos de consumo, ya que una parte importante de ellos será celebrada con personas que contraten 'a título oneroso para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar: a) la adquisición de o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios...'(art. 1º, [Ley Nº 24.240](#))". (CCAyT CABA, Sala I, "Aol Argentina S.R.L. c. G.C.B.A. s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", 11/07/06, Causa Nº 1.237/0).

La claridad en la definición del concepto jurídico de consumidor resulta central, máxime teniendo en cuenta que el consumidor será parte fundamental del denominado contrato de consumo, el cual —en los términos del art. 1093 del CCC— surge de la celebración de un contrato entre un consumidor y un proveedor (profesional u ocasional) o una empresa de bienes o servicios. Una vez determinado ello, operarán las normas tuitivas del Código Civil y Comercial.

3. PRELACIÓN NORMATIVA E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

El consumidor requiere una protección especial por las particularidades que se presentan en las relaciones de consumo, de allí la denominación de la [ley 24.240](#) como de *Defensa del consumidor*, término ya utilizado por las Naciones Unidas en las *Directrices para la Protección al consumidor* (a/RES/39/248) donde reconoce la posición de los consumidores en la economía. Éstos "afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación, poder de negociación; y teniendo en cuenta que los consumidores debe tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como el de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo, sostenido", desequilibrio que motivó la redacción de esta directriz.

Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la vulnerabilidad y la protección especial que requieren los consumidores: "que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial". (CSJN, L.1170. XLII).

La tutela del consumidor, en el marco de una interpretación más favorable a éste, responde a su carácter vulnerable y en las relaciones de consumo.

El art. 1094 del CCC establece que "las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor". Y respecto de la interpretación de los contratos indica el art. 1095 CCC que se interpretan "en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

Al referirse el art. 1094 del CCC al consumo sustentable se hace eco de lo prescripto por el art. 42 de la CN, conforme las modificaciones incorporados en materia de consumo y de desarrollo sustentable, adoptado este último criterio en el art. 41CN: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

El Código Civil y Comercial de la Nación indica que: "En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor" (art. 1094). Sin embargo, el art. 1094 del CCC dota al consumidor de una protección más amplia ya que establece que cualquier interpretación además debe ser conforme el principio de protección del consumidor y deberá tener en miras el principio de acceso al consumo sustentable.

El art. 1095 del Código Civil y Comercial prescribe como debe interpretarse un contrato de consumo, siendo en el sentido más favorable para el consumidor, cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

4. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. PRÁCTICAS ABUSIVAS

El art. 1096 del CCC establece el ámbito de aplicación de los contratos de consumo indicando que "son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092".

Por su parte, el art. 1097 del CCC, al regular el trato digno indica que "los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias".

El art. 1098 del CCC amplía lo referido en el 1097 CCC: "los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".

En el Capítulo 2 del Título III, los arts. 1097, 1098 y 1099 del CCC brindan determinadas pautas en las relaciones de consumo que deben considerarse para la formación del consentimiento, en armonía con el art. 42 de la Constitución Nacional, y en relación al trato digno que deben desplegar los proveedores: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

El art. 1097 del CCC indica las conductas que deben abstenerse de desplegar los proveedores, siendo éstas aquellas que coloquen al consumidor o usuario en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, debiendo ser este trato equitativo (cfr. art. 42 de la Constitución Nacional) y no discriminatorio (cfr. art. 1098 CCC). De igual manera el art. 1097 del CCC resalta que "la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos". Por su parte el art. 1098 prohíbe "establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".

El art. 1099 del Código Civil y Comercial prohíbe directamente determinadas prácticas, aquellas "que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo".

En el marco de lo expuesto precedentemente el derecho del consumidor está íntimamente ligado a los derechos humanos y por ello resulta un acierto la incorporación al plexo normativo de los contratos el trato digno como sustento de todo el vínculo de las relaciones jurídicas contractuales.

5. INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD

El derecho a la información constituye uno de los pilares en las relaciones de consumo, como lo refiere la doctrina: "La ley consagra el derecho subjetivo del consumidor o usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere. Esto constituye un derecho esencial, ya que los consumidores en su mayoría carecen de los conocimientos necesarios para poder juzgar por adelantado sus características intrínsecas, sus cualidades o defectos, conocer los riesgos de uso o consumo y las medidas a adoptar para evitarlos (FARINA).

El fundamento de esta norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales carece legítimamente y sin los cuales resulta imposible realizar una elección racional y fundada respecto del bien servicio en relación al cual se pretende contratar (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala II, "Diners Club Arg. SACyT c. Sec. Com. e Inv.", 4/11/97 [ED, 176-176]). (Cámara de Apelaciones en los Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma, Sala II, "Multicanal S.A. c. GCBA sobre otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones").

El art. 1100 del CCC establece la información que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor. Ésta debe ser cierta y detallada respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que el proveedor brinda, así como también debe informar las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor.

Lo prohibido en materia de publicidad se regula en el art. 1101 del CCC:, limitando toda publicidad que: "a. contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b. efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c. sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

Los consumidores afectados (o los legitimados activos) podrán solicitar al juez "la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria". (Cfr. art. 1102 CCC).

La formación del consentimiento no va a estar dada únicamente por la información brindada por el proveedor, como el art. 1103 CCC prescribe: "las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente".

Este deber de información resultará más amplio en los supuestos de contratos celebrados fuera de los establecimientos y los contratos celebrados a distancia, previstos en los arts. 1104 y 1105 del CCC, ya que "el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos". (Cfr. art. 1107 CCC).

El deber de informar impacta en toda normativa específica y se integra con las características aquí desarrolladas. Así, la actividad del turismo está reglada con normativa específica (Leyes N^{ros} 19.918, 25.997, Decreto N^o 1072/2006, entre otras). No obstante esta regulación, es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor de manera concurrente con las normas señaladas y por lo tanto el proveedor del servicio de turismo está obligado a respetar el derecho a la información del consumidor, así como brindar una prestación adecuada según los términos de la contratación y responder en caso de incumplimiento (HERNÁNDEZ - FRUSTAGLI).

El derecho a la revocación debe ser informado al consumidor, como así lo recepta el art. 1111 CCC que indica que: "El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho".

Asimismo, en los supuestos de ofertas de contratación mediante medios electrónicos la vigencia de ésta se extiende "durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación". (Cfr. art. 1108 CCC).

Sin perjuicio de lo prescripto por el Código Civil y Comercial, la autoridad de aplicación en materia de consumo puede asimismo imponer sus requisitos a la hora de efectivizar el derecho a la información. Es el caso de la Resolución 906/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación, que en su art. 1^o prescribe: "Los contratos escritos de consumo; los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generen derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, en los términos de la [Ley N^o 24.240](#), y las informaciones que por imperativo legal brinden por escrito los proveedores a los consumidores, deberán instrumentarse en idioma nacional y con caracteres tipográficos no inferiores a UNO CON OCHO DÉCIMOS (1,8) de milímetros de altura".

6. CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS

El Capítulo 3, de la Sección 1^a, del Título III del Código Civil y Comercial regula los contratos celebrados fuera de los establecimientos y los contratos celebrados a distancia. Los primeros comprenden aquellos que resultan "de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio" (cfr. art. 1104 del CCC). Los contratos celebrados a distancia regulados en el art. 1105 CCC y ss. "son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa".

El *marketing* puede utilizar mecanismos que ubican al consumidor en una situación desventajosa en el negocio jurídico. Por ello, al referirse a los consumidores (vulnerables), el Código Civil y Comercial dota a éstos de una protección más amplia.

En los contratos regulados por los arts. 1104 y 1105 del CCC, es decir los "celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita". (Cfr. art. 1109 CCC).

Como ya hemos mencionado, el art. 1108 del CCC relativo a las ofertas por medios electrónicos constituye un supuesto de contratación efectuado fuera de los establecimientos pues establece el artículo que la aceptación del oferente debe confirmarse sin demora y vía electrónica.

En estos supuestos, cuando se exija por escrito el contrato, tal obligación será satisfecha aún en soporte electrónico o similar (art. 1106 CCC). No se puede soslayar que opera la carga dinámica de la prueba y en caso que el consumidor no tenga el soporte, si la empresa tiene el contrato, deberá aportarlo, caso contrario operará la presunción a favor del consumidor del art. 1095 del CCC.

7. REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN

Hemos sostenido que la revocación puede ser definida como una causal de ejercicio unilateral, es decir, por una sola de las partes, en los casos que la ley autoriza, sea en forma amplia o limitada.

El Código Civil y Comercial en su art. 1110 establece para los contratos celebrados fuera del establecimiento y a distancia que "el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos". Este derecho —como ya ha sido mencionado— genera el deber de información en los términos del art. 1111 del CCC; quedando las partes liberadas de toda obligación y debiendo restituirse recíproca y simultáneamente de sus prestaciones en caso que el consumidor haya ejercido este derecho (art. 1113 CCC), no debiendo el consumidor reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa por su uso conforme lo pactado o por la naturaleza de la misma (art. 1115 CCC).

Esta revocación debe ser informada al proveedor por escrito o por medios electrónicos o similares o, asimismo, mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados conforme a lo previsto en el art. 1110 (cfr. art. 1112 CCC). En caso de imposibilidad de devolución de la prestación, si es imputable al consumidor, debe pagar al proveedor el valor de mercado que al momento del ejercicio del derecho de revocación tiene aquella, "excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último" (conf. art. 1114 CCC).

Norma similar encontramos en el art. 9º de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Derechos de los Consumidores, la cual establece en su inc. 1º que "...el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar y sin incurrir en ningún coste...".

El art. 1116 del Código Civil y Comercial prevé dos excepciones, salvo pacto en contrario, al derecho de revocación, como son los contratos referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez. Otra de las excepciones son los contratos de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos o de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente, como también los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

8. CLÁUSULAS ABUSIVAS

"La revolución industrial, con la introducción de la máquina al proceso productivo (taylorismo) y la cadena de montaje fordista, permitió la fabricación en 'serie' de los bienes, lo que produjo un aumento en su cantidad, y simultáneamente la expansión y masificación del mercado de consumo. La empresa se vio necesitada de vender con rapidez y esto requería de una herramienta jurídica homogénea que regulara la relación de la empresa productora de bienes y servicios con los consumidores, generando los contrato de adhesión". (GHERSI).

Las cláusulas abusivas pueden ubicarse dentro de los contratos celebrados por adhesión o bien en los contratos tradicionales. Así, donde se negocian detalladamente las cláusulas de un contrato, será más difícil encontrar contratos de consumo con cláusulas que no sean predispuestas por el proveedor. En este sentido el Código Civil y Comercial, al referirse a las cláusulas abusivas, indica que se aplica lo dispuesto por los arts. 985, 986, 987 y 988 del CCC —existiendo o no cláusulas predispuestas— (conf. art. 1117 CCC). El art. 1118 del Código Civil y Comercial insiste sobre este punto indicando que "las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor".

Habrá contrato de adhesión cuando la redacción de las cláusulas haya sido realizada por una sola de las partes, limitándose la otra parte a aceptar o rechazar el contrato en su totalidad, sin poder modificarlas. En virtud de estas características, la norma obliga a la autoridad de aplicación a controlar el contenido de los contratos de adhesión, para evitar la incorporación de cláusulas abusivas.

Define el art. 1119 del CCC a la cláusula como abusiva cuando "habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor".

Para RUBÉN STIGLITZ, la enunciación más acertada de cláusula abusiva se encuentra en el art. 3º de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas que reza: "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". Así, sus principales características serán la falta de negociación o influencia del consumidor en su redacción y que importen un desequilibrio significativo con los contenidos generales del contrato. Este último punto puede apreciarse en el punto 4 del art. 51 del Código Brasileño de Defensa del Consumidor: "Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que... IV - establezcan obligaciones consideradas inicuas, abusivas, que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o que sean incompatibles con la buena fe o equidad" (STIGLITZ).

En las resoluciones 53/03 (Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor) y 9/04 (Secretaría de Coordinación Técnica) se especifican supuestos de cláusulas que son consideradas abusivas, destacando, entre otras: aquellas que confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas; aquellas que autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor, excepto en los contratos por tiempo indeterminado, notificando al consumidor con una antelación razonable conforme la naturaleza objeto del contrato; y aquellas que impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos y aquellas que supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.

Asimismo, son consideradas cláusulas abusivas por las resoluciones antes expuestas, aquellas que otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato. En los casos de contratos de prestación de servicios de medicina prepaga, comunicaciones móviles y servicios financieros y/o bancarios por tiempo indeterminado, la autoridad de aplicación fijó pautas y criterios objetivos para la modificación

unilateral del contrato por parte el proveedor. En estos casos las modificaciones deben revestir carácter general y deben haber sido previstas en los contratos. Las modificaciones a efectuarse no pueden importar un desmedro en la calidad de los servicios y deben prever una notificación previa (sesenta días para los servicios de comunicaciones móviles y servicios financieros y/o bancarios).

El Código Civil y Comercial prevé en el art. 1120 la situación jurídica abusiva en la que el "resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos".

Por su parte el art. 1073 del CCC define a los contratos conexos, indicando que existe conexidad cuando dos o más contratos autónomos vinculados entre sí persiguen una finalidad económica común previamente establecida, "de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido".

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Provincia de Santa Fe, se definió a la conexidad contractual como aquel supuesto en el cual "para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual" (HERNÁNDEZ - FRUSTAGLI).

En la obra "*Derecho del consumidor. Problemática general del régimen de defensa del consumidor*" bajo la dirección de GABRIEL STIGLITZ y FEDERICO ÁLVAREZ LARRONDO, se explica que: "Del propuesto concepto legal pueden extraerse las siguientes notas caracterizantes, a saber: a) Pluralidad de contratos autónomos. Con un propósito claramente aperturista el legislador no ha querido explicitar si deben tratarse de negocios celebrados por las mismas partes o partes diferentes, lo que autoriza a admitirlo en ambas situaciones; b) Conexión relevante entre ellos, a partir de la existencia de una finalidad económica común, que encontrará en la causa fin su principal sustento, más aún cuando el Proyecto ha receptado la perspectiva emergente de la corriente neocausalista sincrética o dualista (arts. 281 y 1012). Ello no significa que otros elementos del contrato puedan resultar también coadyuvantes para determinar la conexión. Así, el objeto o el consentimiento, según los casos, podrán ser también materia útil en la fragua de la conexión" (HERNÁNDEZ).

Ejemplo de contratos conexos observamos en el sistema de tarjetas de crédito, el cual "se complementa con otras relaciones contractuales, todas las cuales implican un negocio jurídico complejo e ingresan en la categoría de los contratos conexos. Es decir que no estamos ante un contrato sino de un conjunto de ellos, unidos por una finalidad, y es esto lo que nos lleva a referirnos a la categoría de los 'contratos conexos' (CCAyT CABA, Sala II, "Citibank NA c. GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", 13/5/04).

Los arts. 1121 y 1122 del CCC brindan al magistrado una serie de pautas para el control judicial de las cláusulas abusivas: "El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a. la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b. las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c. si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d. cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075". Asimismo, el art. 1121 impone límites a la declaración de cláusula abusiva, no pudiendo ser tal: la cláusula relativa a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b. la que refleje disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas".

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 04/11/04, en autos "Núñez Jorge Alberto c. G.C.B.A. s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Causa Nº 574/0 se ha expedido acerca de la posibilidad de excluir estas tipo de cláusulas del contrato de consumo: "El artículo 37 de la Ley de Defensa al Consumidor se refiere a la interpretación de las cláusulas de la relación contractual entre el usuario y/o consumidor y el prestador o vendedor. Esto no puede extenderse sin más al derecho administrativo sancionador. De lo contrario, se podrían admitir resoluciones que importen la violación del debido proceso... Los principios rectores en materia de derecho del consumidor que encuentran su sentido en la situación de debilidad en que se halla aquél frente al vendedor, que se traduce en cláusulas predisuestas sin posibilidad de negociación, no enerva a los otros que rigen en materia de sanciones tales como el debido proceso, la necesidad de que se acredite que efectivamente se ha incurrido en una infracción, la adecuación de la sanción a la falta, etc."

La modificación unilateral de las cláusulas por parte del proveedor es considerada por los tribunales de igual manera como abusiva: "La contratación mediante contratos predisuestos, o por adhesión a cláusulas predisuestas requiere soluciones especiales, distintas de las provistas por el sistema clásico. Así, no resulta

dudoso concluir que la interpretación de sus cláusulas deberá realizarse de manera tal que, ante un caso dudoso, favorezca la parte más débil de la contratación. Esa directiva permite llegar a la conclusión de que cláusulas que facultan a la empresa, en términos generales e imprecisos, a modificar unilateralmente tanto el valor de las cuotas mensuales como los beneficios de sus planes asistenciales (elementos esenciales del contrato), resultan abusivas en los términos del artículo 37 de la Ley N° 24.240. Lo expuesto no debe entenderse como la negación de toda posibilidad de modificar la cuota, sino que en todo caso esta facultad deberá ejercerla de acuerdo a lo convenido, sobre la base de parámetros claros y prefijados, y siempre que su ejercicio no resulte abusivo en atención a las circunstancias del caso" (CCAyT CABA, Sala II, "Swiss Medical S.A. c. G.C.B.A. s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", 26/07/05, Causa N° 154/0).

CAPÍTULO XV - COMPRAVENTA. CON LA COLABORACIÓN DE GERALDINE DRESDNER

1. INTRODUCCIÓN

La compraventa es el contrato de cambio de más frecuencia práctica (SANTOS BRIZ), desde que la sociedad humana adoptó la moneda, superando la etapa del trueque que dominaba las transacciones. Se busca transmitir la propiedad de una cosa por un precio.

Se trata del más importante de los negocios jurídicos (GARO), pues las funciones principales de la economía se instrumentan sobre la base de este contrato. Así, el fabricante adquiere los materiales para su producción, el consumidor las cosas que necesita para vivir (vestimenta, medicamentos, comestibles, artículos electrónicos y para el hogar, etc.) y así sucesivamente (adquisición de maquinarias, automotores, caballos de carrera, inmuebles urbanos y rurales, ganado, armas de fuego, títulos valores, etc.). Así, sus formas de aparición son muy numerosas (inclusive, asociado o conexo a otros contratos: de servicios, de garantía, con finalidad financiera, sistemas de comercialización), y por ello mismo se encuentra sometido a constantes influjos de carácter económico y social, los cuales han dado lugar en diversas oportunidades a la intervención del Estado que, a través de diferentes medidas legislativas y reglamentarias e inspirado en el interés general (ej.: precios máximos; prohibición de vender animales enfermos), persigue dirigir la economía, ejerciendo peso indirectamente en la voluntad de vendedor y/o comprador, según el caso (MAZEAUD - JOSSERAND).

Claramente podemos sostener que la compraventa es una de las instituciones básicas de nuestro derecho contractual y que en otras figuras típicas, se recurre a sus normas (ver arts. 1124, 1175, 1187, 1250, 1614 CCC).

Luego, cabe señalar que tienen regulación especial: la compraventa internacional de mercaderías ("Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías" ratificada por la ley 22.765); la compraventa administrativa dentro del régimen de contrataciones del Estado Nacional y estados locales (ej.: ley 2095 de la Ciudad de Buenos Aires); la venta de inmuebles en lotes y a plazos (ley 14.005 modif. por ley 23.266) y aspectos parciales de la compraventa de automotores (dec. 6258/1958 modif. por leyes 21.053, 22.019, 22.130, 22.997 y 24.763), de consumo (ley 24.240 modif. por ley 26.361), caballos de pura sangre (ley 20.378), de ganado (ley 22.939), de armas de fuego (ley 20.429), de aeronaves (Código Aeronáutico) y de naves (ley 20.094).

2. CONCEPTO. ELEMENTOS TÍPICOS. NOCIONES GENERALES

El art. 1123 del CCC establece que "[h]ay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero".

Asimismo, dispone que el contrato no será de compraventa si le falta algún requisito esencial, sin importar la calificación o denominación efectuada por las partes (conf. art. 1127 CCC).

En consecuencia, señalaremos aquellos elementos tipificantes de este contrato:

2.1. Obligación de transferir la propiedad de una cosa

Resulta esencial que las transmisiones recíprocas de cosa y precio pretendan serlo "en propiedad" —en el sentido de transmitir la titularidad de un derecho real (art. 1124-b CCC)—, para que el contrato pueda ser calificado como de compraventa, pues si los contratantes pactaran la entrega de la cosa exclusivamente para su uso o goce, custodia, administración, etc., estaríamos frente a otro contrato (ej.: locación, depósito).

La obligación de transferir significa, por un lado, que se trata de un vínculo consensual: se perfecciona con el mero consentimiento de las partes —sin perjuicio de los requisitos de forma, en algunos casos—, no es necesaria la entrega de la cosa objeto del contrato —esta aclaración tenía mayor relevancia cuando existía la categoría de los contratos reales en el Código Civil [ley 340](#)—; y, por el otro, que nos encontramos en el ámbito de los derechos personales o creditorios y no en el de los derechos reales, es decir, que el contrato de compraventa tiene como propósito transferir la propiedad pero no produce efecto real sino la obligación de hacerlo, pues la adquisición de derechos reales requiere título y modo suficientes (conf. art. 1892 CCC), tanto es así que "[e]l acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario" (art. 750 CCC) y, en algunos casos (ej.: compraventa de automotores) se requiere la inscripción registral —que, en general, tiene fines publicitarios— para constituir el derecho real.

Por su parte, la obligación de transferir la propiedad se refiere a cosas —en tanto objetos materiales susceptibles de apreciación pecuniaria— y no a derechos, que constituyen el objeto del contrato de cesión (art. 1614 CCC). Volveremos sobre este punto más adelante.

En cuanto al término "propiedad" empleado en la definición, cabe advertir la amplitud y diversos sentidos que puede tener la palabra "propiedad", por lo cual debemos tratar de determinar cuál es el alcance de la misma.

Entendemos junto con LÓPEZ DE ZAVALÍA que cuando en la definición se establece la obligación de transferir la propiedad se está indicando que el contrato de compraventa tiene aptitud para ser un título para transferir no sólo el derecho real de dominio, sino también el de propiedad horizontal —si se considerase diferente del anterior—, el condominio, el usufructo, el uso y la habitación. Cuando el legislador quiso circunscribirlo al derecho real de dominio así lo hizo al conceptualizar el contrato de permuta (ver art. 1172 CCC). Además, el término "propiedad" no existe dentro de la enumeración —*numerus clausus*— de derechos reales del art. 1887 CCC y el Título III del Libro IV referido al dominio no utiliza el término "propiedad" como sinónimo para designar a ese derecho real, por lo que podría interpretarse a la "propiedad" como la titularidad de un derecho (ej.: el art. 1895 alude al "verdadero propietario" en cuanto a la adquisición legal de derechos reales sobre muebles por el subadquirente; con respecto a las inmisiones el legislador pondera el "uso regular de la propiedad" (art. 1973 CCC); en cuanto a las raíces que penetran en su inmueble, la ley expresa que "el propietario puede cortarlas por sí mismo" (art. 1982 CCC); se define al condominio como "el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas..." (art. 1983 CCC); "también se considera partición el supuesto en que uno de los condóminos deviene propietario de toda la cosa" (art. 1998 CCC); los arts. 2045 y siguientes establecen las "facultades y obligaciones de los propietarios"; el art. 2122 habla de la extinción de la "propiedad superficiaria"; en materia de usufructo, se dispone que "El nudo propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho..." (art. 2151 CCC), etc. Como vemos, el vocablo "propiedad" puede ser aplicado a otros derechos reales además del de dominio.

Cabe tener en cuenta que la doctrina nacional mayoritariamente interpretaba que la constitución por una suma de dinero de un usufructo, un uso o una habitación no era un contrato de compraventa sino uno análogo al mismo, tal cual lo hiciera FREITAS en el art. 4531 inc. 1º de su *Esboço* que constituyera una de las fuentes de nuestro anterior Código Civil ([ley 340](#)).

En efecto, el art. 1124 CCC dispone la aplicación supletoria de las normas de la compraventa "a los contratos por los cuales una parte se obliga a: a) transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero; b) transferir la titularidad de títulos valores por un precio en dinero".

A esta altura, no cabe más que concluir que el término "propiedad" puede ser aplicado a otros derechos reales además del de dominio y que el contrato de compraventa es título suficiente para transferirlos o constituirlos.

Para finalizar nuestra lectura, cabe tener presente los fundamentos de la comisión redactora del CCC: explica que se ha mantenido el vocablo de "propiedad" utilizado originalmente en el Código Civil ([ley 340](#)) para definir a la compraventa, en lugar de reemplazarlo por el de "dominio", "porque no se han dado razones suficientes para justificar el abandono de la palabra propiedad y su reemplazo por "dominio", teniendo en cuenta que, tanto la Constitución Nacional como los tratados firmados por la República Argentina, no hablan de dominio, sino de propiedad. En el lenguaje común está consolidada la idea de que quien compra una cosa lo hace para adquirir la propiedad de ella; ese conocimiento y general aceptación no justifica el reemplazo del vocablo conocido y aceptado, máxime si el cambio parece obedecer a un tecnicismo jurídico prescindible (...). También hay que tener en cuenta que, si se sigue el sistema del Proyecto del 98, la compraventa queda reducida a la transferencia de la propiedad o dominio, en tanto la cesión amplía su campo de aplicación ya que se la define como aquel contrato "mediante el cual una de las partes transfiere a otra un derecho" (artículo 1527). Con esos textos, se podría interpretar que salvo la propiedad o dominio, que se venden, los restantes derechos reales se ceden. Por ello, desde el Proyecto de 1993 (CF) se incluye un artículo que deja establecido que las reglas de la compraventa se aplican supletoriamente a la transferencia o constitución de otros derechos reales que se mencionan en el artículo respectivo. Con la inclusión de ese texto, *queda establecido que el objeto de la venta no se limita a la propiedad o dominio, sino que comprende también la transferencia o constitución de otros derechos reales*" —el destacado no pertenece al original—.

2.2. Precio en dinero

El precio es la contraprestación de la obligación de transferir la propiedad de la cosa.

El dinero es moneda, de curso legal o no.

Constituye una obligación de dar sumas de dinero, en los términos de los arts. 765 y sigtes. CCC.

Si bien el legislador ha contemplado casos válidos de compraventa en los cuales las partes no han fijado el precio, supliendo la ley esa omisión (ej.: art. 1143 CCC para cosas muebles), la regla es que el contrato no será de compraventa si faltare el precio.

Volveremos sobre este punto en el acápite correspondiente al objeto.

2.3. Ámbito de aplicación

También se aplican las reglas de la compraventa y, por lo tanto, corresponde entender que se encuentran reunidos los elementos tipificantes de este contrato: 1) cuando las cosas a entregar por un precio deban ser manufacturadas o producidas, salvo que: a) de las circunstancias resulte que la obligación principal consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios; b) la parte que encarga la manufactura o producción de

las cosas deba proporcionar una porción substancial de los materiales necesarios, caso en el cual se considerará contrato de obra (art. 1125 CCC); 2) cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, si es mayor el valor a pagar en dinero (si es mayor el valor de la cosa, se considerará permuta, art. 1126 CCC).

3. CARACTERES

El contrato de compraventa presenta los siguientes caracteres:

3.1. Consensual, pues hace nacer obligaciones por el solo consentimiento; la entrega de la cosa tiende a cumplir el contrato y no a hacer nacer el mismo como ocurría en los contratos reales —categoría que contemplaba el Código Civil ([ley 340](#)) y que fue eliminada por la [ley 26.994](#)—.

Dicho en otras palabras, la entrega es *solvendi causa*, o sea, para cumplir el efecto de la transmisión dominial (art. 750 CCC), y no *contrahendi causa*, para el perfeccionamiento del contrato.

Entendemos que la consensualidad continúa aún en las denominadas compras manuales, donde nacerán y se extinguirán en el acto, por su cumplimiento, las obligaciones de los contratantes.

Para nosotros las manuales son verdaderas compraventas; para otros autores, las mismas no caerían dentro de la definición del art. 1123 CCC, pero sí dentro de su espíritu.

3.2. Bilateral, pues las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra, de conformidad con lo dispuesto en el art. 966 CCC.

Debe destacarse que no basta que en el contrato bilateral —o sinalagmático, como también se lo llama— cada una de las partes resulte obligada con una prestación, o sea que existan obligaciones contrapuestas, sino que entre ambas debe existir un vínculo de reciprocidad, de interdependencia, por lo que cada parte no está obligada a su propia prestación, sin que sea debida la prestación de la otra; una resulta así presupuesto de la otra (MESSINEO). En la compraventa, una no debe el precio si la otra no se obliga a transmitir la propiedad de la cosa. En el contrato bilateral, también puede decirse que ambas partes se constituyen recíprocamente en deudores y acreedores, son al mismo tiempo deudor y acreedor, deben surgir sus obligaciones en el mismo momento: coexistir, lo que no impide que dichas obligaciones nazcan y se extingan instantáneamente como ocurre en los contratos manuales.

3.3. Oneroso, comprendido en el concepto del art. 967 CCC, porque la ventaja que otorga una de las partes —obligarse a transferir la propiedad de la cosa— se da teniendo en cuenta la ventaja que la otra le otorga de pagarle un precio, aunque éste sea vil, mas no lo sería si aquél fuera irrisorio, pues en tal caso no existiría sacrificio (GASTALDI).

Por ende, se da aquí el problema de determinar el límite entre la contraprestación vil y la irrisoria. La irrisoria será aquella que atento las circunstancias del caso las partes no le asignan importancia alguna, careciendo de intención de contraer un vínculo en sentido jurídico (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Si el precio fuera irrisorio —de modo tal que su monto descienda tanto que resulte despreciable—, no existiría compraventa, pues no se daría el sacrificio del que habla la ley.

Si el precio estipulado es ínfimo, irrisorio, no posee ninguna existencia real (MAZEAUD). En tal supuesto desaparece la onerosidad del contrato y debe predicarse del mismo su carácter de donación y, en su consecuencia, la aplicabilidad a la especie de la regulación propia de tal figura contractual.

3.4. No formal. Más allá de la materialización requerida por el art. 260 CCC, según el cual es preciso que todo acto voluntario presente algún modo de exteriorización de la voluntad del sujeto respecto del objeto y en orden a la consecución del fin jurídico propuesto, impera en este contrato la libertad en esta materia, de

acuerdo con los arts. 284 y 1015 CCC, esto es, el principio de "libertad de formas", pues la ley no establece solemnidad alguna para su celebración.

Ahora bien, tal es solamente el principio general, susceptible de diversas excepciones, con relación a la transmisión de la propiedad, o a los efectos de la prueba, o con fines protectorios:

a) *Compraventa de inmuebles*: contrato formal relativo, atento lo dispuesto por el inc. a) del art. 1017 CCC, el cual exige que los contratos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, se celebren en escritura pública. En caso de no haber sido celebrado con los recaudos que la ley establece, quedará concluido como contrato en que las partes se han obligado a llenar la forma notarial (art. 1018 CCC), pudiendo, si fuera del caso, entablar la correspondiente demanda por escrituración para obtener el instrumento que la ley exige. Especialmente, para el boleto de compraventa los arts. 1170 y 1171 CCC establecen los requisitos necesarios para otorgar prioridad al derecho del comprador sobre el de los terceros y su oponibilidad en el concurso o quiebra del vendedor;

b) *Automotores*: el art. 1º del decreto-ley 6582/58 establece: "La transmisión del dominio de automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor".

c) *Embarcaciones*: ver arts. 156 a 159 del dec.-ley 20.094/73, en particular la diferencia existente entre buques de un arqueo superior a las 10 toneladas deben instrumentarse mediante escritura pública y no así los menores donde basta el instrumento privado con la firma certificada.

d) *Aeronaves*: ver arts. 45, 49, 50 y 53 del Código Aeronáutico, donde se exige el instrumento público o privado debidamente autenticado, a los fines de la registración.

e) *Caballos de pura sangre de carrera*: la ley 20.378 exige la inscripción del contrato en el registro genealógico del Ministerio de Agricultura y Ganadería para perfeccionar la transmisión del dominio entre partes y frente a terceros.

f) *Ganado*: la ley 22.939 establece que todo acto jurídico mediante el cual se transfiera la propiedad de ganado mayor o menor debe instrumentarse con un certificado de adquisición que, otorgado por las partes, será autenticado por la autoridad local competente; y que la transmisión de dominio de los animales de pura raza puede perfeccionarse mediante acuerdo de partes por inscripción del acto en los registros genealógicos y selectivos.

g) *Armas y explosivos*: ver ley 20.429, donde se establecen requisitos especiales para ser vendedor, la calidad de legítimo usuario de cada parte y la autorización de la autoridad pública correspondiente.

h) *Compraventas de consumo*: ver ley 24.240, especialmente el art. 10 que establece la forma *ad luciditatem* o de contenido del instrumento de venta.

En la Convención de Viena expresamente se establece la aformalidad de la compraventa, en su ámbito de aplicación.

3.5. Conmutativo, en tanto se trata de un contrato oneroso en el cual las ventajas para todos los contratantes son ciertas (conf. art. 968 CCC); aunque naturalmente conmutativo, puede pactarse como aleatorio, supeditando la determinación de las ventajas o pérdidas a un acontecimiento incierto (ej.: si el comprador asume el riesgo de que la cosa futura no llegue a existir, art. 1131 CCC *in fine*).

3.6. Nominado, pues la ley regula este contrato especialmente (art. 970 CCC).

4. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

4.1. Comparación con la dación en pago

La dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones, "cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada" (art. 942 CCC).

Si lo que se entrega en pago al vendedor es una cosa —en lugar de dinero—, ello se hace *solvendi causa*; mientras que la compraventa no requiere la entrega pues se perfecciona con el mero consentimiento de las partes y no tiene finalidad extintiva.

La compraventa hace nacer obligaciones: la de transmitir la propiedad y la de pagar el precio. La circunstancia de que luego no se cumpliese o se extinguiese en forma distinta no desnaturaliza el acuerdo.

Si la cosa dada en pago se hace a cambio de un precio en dinero, se aplican las reglas de la compraventa; si la cosa recibida por el acreedor fuese, por ejemplo, un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos; si se recibe en pago una cosa, a cambio de la cosa sobre la cual se contrató, regirán las normas de la permuta, y así sucesivamente (art. 943 CCC).

4.2. Comparación con la cesión

Cuando un derecho es cedido por un precio en dinero, merece ser comparada la cesión de derechos con el contrato de compraventa. La diferencia se da por el objeto: en la compraventa son las cosas, a tenor de lo normado por los arts. 1123, 1125 y 1129 CCC, mientras que la cesión recae sobre derechos, de conformidad a lo establecido por los arts. 1614 y 1616 CCC.

Cierto es que si la transmisión de la titularidad de un derecho se hace a cambio de un precio en dinero, el contrato se regirá por las normas de la compraventa (conf. art. 1614 CCC).

4.3. Comparación con la permuta

En el contrato de permuta existe cambio de una cosa por otra, mientras que en la compraventa, por la transmisión de la propiedad de un bien material se obliga a entregar una suma de dinero, siendo tal su similitud que en todo lo que no esté regulado expresamente se aplicarán las normas del contrato de compraventa, a tenor de lo normado por el art. 1175 CCC.

La importancia práctica de la distinción reside en la situación del adquirente que sufre la evicción, por las diferentes consecuencias jurídicas de dicho instituto en un contrato y en el otro. Particularmente, el co-permutante evicto puede pedir la restitución de la cosa que dio a cambio o su valor al tiempo de la evicción, y los daños; o hacer efectiva la responsabilidad por saneamiento prevista en el régimen general de los arts. 1033 y sigtes. (conf. art. 1174 CCC).

En el supuesto denominado de compraventas mixtas, es decir, si el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, la ley específicamente dispone que el contrato debe calificarse como de permuta si es mayor el valor de la cosa (art. 1126 CCC).

4.4. Comparación con el contrato de locación de cosas

La compraventa tiende a transferir la propiedad de una cosa por un precio en dinero, mientras que la locación el uso y también el goce temporario de un objeto material por un precio también en dinero. El comprador tiene la cosa con ánimo de poseedor, con la finalidad de adquirir el dominio; el locatario lo hace en carácter de tenedor.

En cuanto a la adquisición por el locador de las mejoras efectuadas por el locatario en la cosa arrendada, señalamos que se trata de un efecto propio de la locación (arts. 1202 y 1211 CCC).

Con respecto a la adquisición por el locatario de los frutos o productos de la cosa, distinguimos las siguientes situaciones: a) se venden los frutos de la cosa, constituyendo una compraventa de cosa futura (art. 1131 CCC); b) se acuerda la posibilidad del locatario de apropiarse de los frutos o productos a título oneroso, lo cual se presume comprendido en el contrato de locación, salvo previsión en contrario (art. 1192 *in fine*). En el caso de los productos —aquello que no se reproduce (art. 233 CCC)—, el contrato agotará su finalidad económica al extinguirse progresivamente la cosa por la extracción de sus productos.

Entendemos que mientras se conceda el uso hay locación, salvo que el mismo sea al solo efecto de extraer los frutos o productos: en este caso será una compraventa.

4.5. Comparación con el contrato de obra

El análisis importa un examen de las obligaciones de las partes, tal como lo indica el art. 1125 CCC: "Cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Si la parte que encarga la manufactura o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción substancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra".

Especialmente, como puede verse, la necesidad de esta comparación se da entre la compraventa de cosa futura y el contrato de obra cuando el contratista provee la materia principal.

Sintéticamente, cuando el proceso de producción es *standard* nos encontramos frente a una compraventa de cosa futura, mas si interesa esa actividad —el modo de hacer la obra (ver art. 1264 CCC)—, el contrato será de obra. En la compraventa, la obligación de resultado es un dar y en la obra un hacer. El vendedor responde por evicción y vicios redhibitorios (arts. 1033 y sigtes. CCC); el contratista responde frente al comitente por la ruina total o parcial (arts. 1273/1274 CCC); el desistimiento unilateral de la obra está contemplado especialmente y obliga a indemnizar con mayor extensión (art. 1261 CCC), lo cual no ocurre en la compraventa.

4.6. Comparación con la donación con cargo

El CCC permite al donante imponer al donatario cargos, y si los mismos son apreciables en dinero se rigen por las reglas relativas a los actos a título oneroso, todo lo cual surge de lo normado por los arts. 1562 y 1564 de dicha legislación.

A su vez, tales cargos pueden ser en beneficio del donante o de un tercero; en el primer supuesto la similitud con la compraventa es obvia.

La diferencia surge del distinto tipo de obligación que surge del cargo de la recíproca de la compraventa y podremos determinar si estamos ante uno u otro contrato por la función calificadora de la causa. Si existió el *animus donandi*, hay donación; si había una intención de cambio, nos encontramos en presencia de la compraventa y, en su consecuencia, ante la reciprocidad obligacional.

4.7. Comparación con el contrato oneroso de renta vitalicia

El contrato oneroso de renta vitalicia se configura cuando una parte, por una suma de dinero o una cosa que la otra le da, se obliga al pago de una suma periódica durante la vida del cabeza de renta (CENTANARO).

Esta figura puede compararse con la compraventa cuando se realiza mediante la entrega de una cosa; pues si el capital consiste en dinero no hay posibilidad alguna de asimilación entre ambas figuras jurídicas.

La clara diferencia surge en el precio, ya que en el contrato oneroso de renta vitalicia dependerá de la duración de una vida.

En el supuesto de que se enajene una cosa y en lugar de que el precio sea fijado en una suma determinada, se establezca la obligación del comprador de abonar una renta al vendedor durante una vida contemplada, el problema debe resolverse tomando la unidad del negocio jurídico: si la suma desembolsada desde el punto de vista económico prevalece sobre la asunción de la renta vitalicia, debe considerarse como compraventa (BUTERA).

5. EL CONTRATO EN EXAMEN Y LA TRANSFERENCIA DE DOMINIO. SISTEMAS ROMANO, FRANCÉS Y ALEMÁN. NUESTRO SISTEMA

En nuestro derecho, el contrato de compraventa hace nacer la obligación de transferir la propiedad, pero para que ésta se traslade del vendedor al comprador hace falta un modo, que es el de la tradición, o sea, la entrega de la cosa.

De esta manera, el contrato será uno de los títulos que permita transferir el dominio y para que ese traspaso se produzca será necesario el modo, que es la tradición, y en algunos casos hará falta también la inscripción en los respectivos registros.

El criterio que sigue nuestra legislación no es el único posible, por lo cual procederemos a indicar someramente los sistemas que se dan en el derecho comparado para luego aclarar los alcances de la legislación nacional.

5.1. Sistema romano

Este sistema es el que ha seguido nuestro derecho, en el sentido de que hace falta un título y un modo para adquirir el dominio y está tomado directamente del Derecho Romano. Efectivamente, en Roma se requería, además del contrato, un acto material que se encontraba en la *mancipatio*, en la *in jure cessio*, en la *traditio* o en la *usucupatio*.

5.2. Sistema francés

El Código Civil francés, que fuera rector de la codificación decimonónica, estableció originalmente que el sólo consentimiento transmitía la propiedad, al disponer, en el art. 711, que la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por efecto de las obligaciones.

El sistema original del Código Civil francés fue dejado de lado, pues tratándose de inmuebles, para que la transferencia de la propiedad sea eficaz frente a terceros hace falta su inscripción en el registro (art. 1140 del Código y las leyes del 23 de marzo de 1855 y 11 Brumario año VII), pero en materia de muebles, se mantiene el principio (arts. 1441 y 2279 del Código Civil francés).

5.3. Sistema alemán o germánico

El sistema Alemán tiene como gran innovación la aparición del registro parcelario para inmuebles. La inscripción en él transmite el dominio de los bienes raíces, convirtiéndose en un verdadero acto abstracto, en cuanto se privilegia la inscripción sobre el acto de transmisión. Esta inscripción obviamente no es necesaria para las cosas muebles en las que hace falta la entrega de éstos para que el comprador sea propietario.

5.4. Nuestro sistema

En el Sistema legal argentino, para adquirir cualquier derecho real, se requiere un título, uno de los cuales puede ser el contrato de compraventa, y un modo, que es la tradición. En efecto, el art. 1892 CCC estipula que: "*La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión...*".

El art. 750 CCC dispone: "*El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario*".

Y el art. 1923 CCC ratifica el criterio: "*Las relaciones de poder se adquieren por la tradición...*".

Cabe tener en cuenta que el art. 399 CCC completa en cierta forma el sistema, al señalar que: "*Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas*".

La tradición consiste en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa; no alcanza la mera declaración de que hay entrega (art. 1924 CCC).

La tradición puede ser real o también simbólica (ver arts. 1892, 1923, 1924 y 1925 CCC). En consecuencia, la tradición es innecesaria en algunos supuestos que constituyen excepciones al principio: a) Transmisiones *mortis causa*, es decir, por causa de muerte (herencia sobre una cosa, art. 2280 CCC). b) Los supuestos denominados *traditio brevi manu*: cuando la cosa es tenida a nombre del propietario y, por un acto jurídico de éste, se pasa a poseerla a nombre propio o de un tercero (por ejemplo, el locatario de una cosa que la adquiere de su dueño y por ello, sin necesidad de la entrega, porque ya la tiene, pasa a ser propietario). c) Los casos de *constituto posesorio*: es el caso inverso al anterior. El propietario vende, pero queda en la tenencia de la cosa y entonces pasa a tenerla en nombre del nuevo propietario (por ejemplo, el propietario pasa a ser locatario, o comodatario). d) En materia de cosas muebles, se considera hecha la tradición por la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos al transportista, si el adquirente aprueba el envío. e) Apoderamiento de la cosa.

5.5. La Publicidad registral. Sistemas

En el Derecho Romano Clásico la forma cumplía dos finalidades diferentes: por un lado, aquella solemnidad de la que inexcusablemente debía estar revestido el negocio como condición de validez y, por otro, la publicidad que al mismo tiempo le confería aquélla.

El funcionario (*librepens*), los cinco testigos y el magistrado interviniente, respectivamente, eran los medios de que disponían para exteriorizar, no solamente las voluntades, mediante una formalidad determinada, sino además, que fuese conocido o, cuando menos, existiese la posibilidad de que dicha operación llegase al conocimiento de terceros; se deseaba hacerlo conocer a los representantes de todas las tribus (recordemos que cada testigo representaba a cada tribu) y por éstos a sus representados.

De esa manera la operación aparece como inobjetable y a la vez daba oportunidad a los terceros interesados para valerse de las acciones que el caso requiriera, como también que, ante la pasividad, no podría ulteriormente alegarse su ignorancia. Igual sentido tendría la *in iure cessio*, respecto de la cual se afirma que, para llenar un simple requisito formal no se necesitaba tanta solemnidad, si lo perseguido eran fines extra publicitarios.

Si bien en la época que analizamos la tradición era el acto adecuado para transmitir la propiedad quiritaria, en la época post clásica se convirtió en el único modo de transmitir el dominio de las cosas por actos entre vivos, al caer en desuso las formas anteriormente mencionadas.

Como en Roma era ignorada la transmisión por simple convenio, fue necesaria la entrega de la posesión y, pese a que la tradición carecía de formalidades solemnes, era requerida la causa *traditionis* como condición de existencia del acuerdo de partes sobre la finalidad del negocio.

La entrega tenía la suficiente repercusión social como para que los terceros interesados puedan conocer la causa *traditionis* y así tener cumplida la notoriedad necesaria, máxime en tiempos en que debía resultar difícil sustraerse al control de los habitantes de un pueblo.

Por su parte, el Derecho Egipcio se nos muestra como el más amante de la publicidad y ese sentido de encarar la seguridad de las situaciones jurídicas por medios seguros, como son los Registros, es mantenido a lo largo de toda la historia (ALFREDO DI PIETRO).

En un principio y antes de que entraran a funcionar los Registros, los actos se llevaban a cabo de la siguiente manera: previamente debía existir un acuerdo de voluntades en el que el vendedor otorgaba una garantía de evicción; luego el disponente efectuaba un acto de afirmación bajo juramento y por último se realizaba la entrega de la posesión al comprador ante el Tribunal. Posteriormente, se reemplazaban estos métodos por formas escritas, las que se registraban en oficinas determinadas; esta inscripción daba valor al contrato y se fortalecían los registros por la práctica de la escritura.

El escribano va adquiriendo así un papel de mayor protagonismo con relación a las formas. Éste poseía un archivo organizado por índices en el cual se guardaban los documentos originales y se asentaban los datos relativos al negocio, como por ejemplo el tipo de contrato, nombre de las partes, objeto del convenio, etc., lo que configuraría el "Katagraphé". El Katagraphé no era constitutivo de derecho y su creación tuvo por objeto controlar las transferencias de tierras y de esclavos realizados por quienes no se encontraban habilitados para hacerlo. Este registro era territorial y los documentos que reunía se organizaban a medida que iban llegando; se inscribían las transferencias de tierras, casas, esclavos, hipotecas y embargos y se extendía una especie de certificado que contenía los datos expresados en el Registro.

5.6. La transmisión del derecho y la inscripción del derecho real. Sistema argentino

El Código Civil, en su redacción originaria, sólo contemplaba la necesidad de la inscripción de las hipotecas pero no del dominio. En la nota al art. 3203 VÉLEZ SARSFIELD sostenía que los registros podían consignar errores y sin embargo legitimar los títulos, lo cual resultaba muy peligroso; pero aclaraba que para su instalación había que esperar la experiencia de los países que los crearon y resolver en consecuencia en forma más segura. Con el correr de los años, las diversas legislaturas provinciales fueron estableciendo registros de la propiedad inmueble, así que fue normándose por medio de leyes provinciales el cumplimiento de un requisito no establecido por la ley nacional y que tiene por finalidad, en especial, la oponibilidad de un acto hacia terceros. Asimismo y atento la economía ganadera de nuestro país, se fueron introduciendo marcas y señales para individualizar a los animales.

Al modificarse el Código Civil en 1968 (v. [ley 17.711](#)), se reformó su art. 2505, se introdujo el requisito de la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda para la oponibilidad a terceros de la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles.

En la actualidad, para transferir el dominio de cosas inmuebles entre partes basta el título y el modo, pero para que sea oponible a terceros se requiere la inscripción en el registro de la propiedad inmueble del lugar (arts. 1892 y 1893 CCC).

Existen otros registros, como por ejemplo el Registro de Propiedad Automotor, donde la no inscripción del vehículo hace que el contrato de venta carezca de efecto, no sólo respecto de terceros sino también entre las mismas partes (art. 1º del decreto-ley 6582/58 y sus modificatorias).

Entre otros registros, podemos mencionar al Registro de las Aeronaves, el de Armas, el de prenda, etc.

6. ELEMENTOS

6.1. Sujetos. Presupuestos de la capacidad y la legitimación

Al respecto, cabe recordar que el tema de la capacidad se encuentra regulado en la parte general referida a la persona humana (arts. 22 a 50 y 100 a 140 CCC), y a la persona jurídica (arts. 141 a 224 CCC) con el agregado efectuado por el legislador para los contratos en general (arts. 1000 a 1002 CCC), secciones a las cuales remitimos.

6.2. Consentimiento

Nada original se puede expresar en relación al consentimiento en la compraventa, salvo lo relacionado a la "obligación de vender" prevista en el art. 1128 CCC, antiguamente contemplada dentro de las denominadas "ventas forzosas" (ver art. 1324 del Código Civil, [ley 340](#)), así como la "venta en remate".

Obligación de vender. El campo del contrato es el de la libertad y nada más reñido con la misma que lo forzoso, por lo que existe obligación de vender al decir de la norma cuando alguien se encuentra en la "necesidad jurídica" de vender.

En rigor de verdad, existen transmisiones forzosas o necesarias de la propiedad que pueden o no tener su causa en un contrato de compraventa, pero a las cuales se les aplicarán las normas de este contrato, en virtud de la amplitud en cuanto a su alcance que permite desprender el citado art. 1128 CCC, abarcando tanto las enajenaciones libremente consentidas como las que se realizan en virtud de una ejecución judicial y los demás supuestos.

Sirvan de ejemplo, entonces, los casos que, previstos en el antiguo art. 1324, también se encuentran contemplados en nuestro ordenamiento, a saber:

1. La expropiación por causa de utilidad pública, la que no puede confundirse, ni aún en el supuesto de avenimiento, con la compraventa pues en el contrato prima el consentimiento y el precio cierto en dinero y en la expropiación se tiene en cuenta la declaración por ley de la utilidad pública y la indemnización que, obviamente, no es lo mismo. Sólo tendrían en común la cosa y la transmisión de la propiedad. La expropiación está regulada por la [ley 21.499](#) y pertenece al ámbito del Derecho Administrativo (ver art. 1970 CCC).

2. Cuando ha existido una convención o testamento que impone al propietario la obligación de vender a persona determinada. En este supuesto el consentimiento se prestó al celebrar la convención o al aceptar el testamento.

Aquí cabe mencionar la promesa unilateral o bilateral de venta (arts. 995, 996 CCC), la imposición de un cargo como accesorio de una obligación contractual (arts. 354 y sigtes. CCC), el beneficio estipulado a favor de un tercero y aceptado por éste (art. 1027 CCC), los pactos de retroventa (art. 1163 CCC) y reventa (art. 1164 CCC); la obligación de vender impuesta como cargo en un testamento (ver arts. 354 y sigtes. CCC art. 2468, a *contrario sensu*).

3. Cuando alguno de los condóminos exigiese la división del condominio y la cosa fuese indivisible (conf. arts. 1997 y 2002 CCC). Es simplemente un supuesto de división de condominio y pareciera excesivo sostener que al adquirir una porción indivisa de la cosa estemos consintiendo con su remate posterior.

4. Cuando los bienes del propietario deban ser rematados en virtud de la ejecución judicial. Nada más lejos de la voluntad del ejecutado que el remate de sus bienes. Es, en realidad, una aplicación del principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores.

5. Cuando la ley impone al administrador de bienes ajenos la obligación de realizar todo o parte de las cosas que estén bajo su administración (ej.: la realización de bienes que debe efectuar el síndico de una quiebra —v. Ley de Concursos y Quiebras 24.522, arts. 88 inc. 9º, 107, 109, 203 y sigtes.—).

6. Cuando el art. 2014 CCC otorga derecho al propietario de una finca lindera a cobrar la medianería. En similar sentido puede citarse la adquisición y cobro de los muros de elevación y enterrado (arts. 2016 y 2017 CCC).

Venta en remate. Cuando el contrato es celebrado en remate o subasta pública, se realiza por intermedio de un martillero o rematador y consiste, en definitiva, en una invitación a ofertar concluyéndose el contrato con quien ofrezca el mejor precio.

Realizada la subasta, se le debe adjudicar el bien al mejor postor, existiendo dos grandes tipos de remates públicos: el judicial y el privado.

El judicial, es el ordenado por el juez en un proceso y le son de aplicación las normas de los códigos procesales; subsidiariamente, los arts. 289 y sigtes. CCC referidos a instrumentos públicos y el art. 1017 inc. a) CCC que indica que deben ser celebrados en escritura pública, salvo que sean realizados mediante subasta judicial los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, como es la compraventa que tiene por objeto esa clase de bienes.

Los privados son los que el dueño o condóminos deciden realizar y se rigen por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

6.3. Objeto

Lo sostenido para la generalidad de los contratos nos permite particularizar el objeto del contrato de compraventa en las cosas que se venden y el precio en dinero que se obliga a pagar el comprador al vendedor.

A. La cosa

Constituye objeto del contrato por cuanto surge de la propia definición (art. 1123 CCC) y su concepto, en los términos del art. 16 CCC, es el de bien corporal susceptible de valor económico, quedando por ende excluidos los inmateriales.

Sin perjuicio de ello y sin entrar a discutir si la energía es o no materia, la energía y cualquier fuerza natural susceptible de ser puesta al servicio del hombre podrán ser vendidas, pues las mismas se rigen por las disposiciones referidas a las cosas (conf. art. 16 CCC).

A su vez, los bienes pueden ser inmuebles por su naturaleza, inmuebles por accesión, cosas muebles, frutos o productos (ver arts. 225 y sigtes. CCC).

Tengamos en cuenta la mayor amplitud en tal sentido del objeto en materia comercial: además de las cosas muebles propiamente dichas, podrán venderse los títulos de fondos públicos, las acciones de compañías y papeles de crédito comercial en general, y la moneda metálica; asimismo, las cosas accesorias al comercio, para prepararlo o facilitarlo, aunque sean accesorias a un bien raíz.

En algunas oportunidades la incorporación del derecho al documento, hace que en el lenguaje coloquial se confunda a éste con el objeto del contrato de compraventa, lo cual es erróneo jurídicamente. Así, equivocadamente se habla de "venta de pasajes" o de entradas a un espectáculo.

Un supuesto sumamente dudoso se da con el *software*, que en principio es una elaboración intelectual y por ende no material, pero una vez que es terminado e implantado en un medio para poder distribuirlo se "cosifica" (LORENZETTI), por lo que podría ser objeto eventual de una venta si fuera de producción en serie, también conocido como software paquete o programa producto(*standard*) o tal vez de una locación de obra si se efectuara a requerimiento de una de las partes, que es el conocido como software a medida (*custom made*, *tailored software* o *sur mesure*) (FARINA).

La cosa objeto del contrato de compraventa debe reunir los siguientes requisitos propios del objeto de todos los contratos, pues el art. 1129 CCC señala que "[p]ueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos", a saber:

a) Que sea material y jurídicamente posible (arts. 1003, 1004 y 279 CCC), lo que equivale a decir que la misma debe estar en el comercio, o lo que es lo mismo nos debemos guiar por lo normado por los arts. 234 a 237 CCC.

b) Que exista al celebrarse el contrato, o que sea susceptible de existir —existencia actual o eventual—, ya sea en su estado original o transformada por el trabajo humano o tener posibilidad de existencia (conf. arts. 1007 y 1130 CCC).

c) Que esté determinada al contratarse o sea susceptible de ser determinada posteriormente, pues el art. 1005 CCC dispone que los bienes objeto de los contratos "deben estar determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en su cantidad, si ésta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización". También se reputa determinable cuando ella se deja al arbitrio de un tercero; pero si el tercero no pudiere, no quisiere o no llegare a determinarla, o no observare los criterios establecidos por las partes o por los usos y costumbres, lo hará el juez a petición de parte y por procedimiento abreviado (art. 1006 CCC).

1. *Cosa inexistente*. El art. 1130 CCC, en su primera parte, dispone: "Si la venta es de cosa cierta que ha dejado de existir al tiempo de perfeccionarse el contrato, éste no produce efecto alguno. Si ha dejado de existir parcialmente, el comprador puede demandar la parte existente con reducción del precio".

Es decir que la cosa debe existir en su totalidad; si se extingue parcialmente, el comprador tendrá dos posibilidades: no adquirir la cosa, ni pagar nada por ella o adquirirla por un precio inferior.

Al respecto, cabe aclarar que dicha regla presupone lo siguiente: a) que la contratación es conmutativa, pues para la aleatoria rige el art. 1130, segunda parte; b) que la cosa ha sido tratada como existente en el contrato; c) que las cosas han sido de tal modo determinadas, que pueda decirse de ellas que han perecido (ya total, ya parcialmente). Como es sabido, el género y la cantidad nunca perecen; d) que el perecimiento del cual corresponda hablar suceda al tiempo de la contratación. Si la cosa pereciera después, ya no sería la hipótesis del texto *sub examine*, sino la de los arts. 955 o 956 CCC —referidos a la imposibilidad de cumplimiento—; e) que la inexistencia puede predicarse con relación a la existencia afirmada en el contrato, y no a la que pueda resultar de una comparación con un anterior modo de existencia, de la misma cosa (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

A su vez, la pérdida puede suceder por destrucción, porque se haya puesto fuera del comercio, o porque se deforme o desnaturalice de manera tal que ya no es tenida en miras al contratar (LORENZETTI).

2. *Cosa futura*. Si bien la cosa futura aún no existe, la misma tiene posibilidad de existir y podrá ser objeto del contrato de compraventa.

Tal es el supuesto contemplado en el art. 1130 CCC, segunda parte, que otorga la siguiente alternativa: "Puede pactarse que el comprador asuma el riesgo de que la cosa cierta haya perecido o esté dañada al celebrarse el contrato. El vendedor no puede exigir el cumplimiento del contrato si al celebrarlo sabía que la cosa había perecido o estaba dañada".

En dicho caso la venta será condicional, sujeta a la condición suspensiva de que la cosa llegare a existir —asumiendo el vendedor una obligación de emplear su diligencia y los medios a su alcance para que la cosa exista—, salvo que la misma fuese aleatoria por haber tomado una de las partes el riesgo de que la misma

llegase o no a existir o que existiera en mayor o menor cantidad o también que pereciera por estar sujeta a un riesgo, es decir, garantizando el éxito de su promesa, tal cual surge con claridad meridiana de lo normado por el art. 1131 CCC: "El vendedor debe realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato, o de las circunstancias, para que ésta llegue a existir en las condiciones y tiempo convenidos. El comprador puede asumir, por cláusula expresa, el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor". En el mismo sentido, se encuentra previsto para los contratos en general: "Los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios" (art. 1007 CCC).

Entonces, cuando el objeto del contrato sea una cosa futura, en principio, será conmutativo, sometido a la condición suspensiva que la cosa llegue o no a existir (venta de cosa esperada o *emptio rei speratae*), por ej.: venta de una cosecha a producirse; sólo por excepción será aleatorio cuando así fuera expresamente convenido por los contratantes (venta de esperanza o *emptio spei*), por ej.: ventas sujetas a riesgo (de inundación o sequía del terreno, de enfermedad del ganado, etc.). El aleatorio existirá en la vida jurídica a partir del consentimiento, mas el condicional sólo desde que la condición se cumpla.

Sin embargo, corresponde dejar asentado que la venta de herencia futura se encuentra expresamente prohibida, en los términos y con las consecuencias establecidas en el art. 1010 CCC.

3. *Cosa ajena*. El CCC permite contratar sobre cosas ajenas. Efectivamente, según el art. 1008, "[l]os bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete transmitirlos no ha garantizado el éxito de la promesa, sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice y, si por su culpa, el bien no se transmite, debe reparar los daños causados. Debe también indemnizarlos cuando ha garantizado el éxito de la promesa y ésta no se cumple. El que ha contratado sobre bienes ajenos como propios es responsable de los daños si no hace entrega de ellos".

Por su parte, y especialmente al regular el contrato de compraventa, encontramos que la venta de cosa total o parcialmente ajena es válida, en los términos del art. 1008: "El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador" (art. 1132 CCC).

De la primera lectura surge una diferencia entre los efectos de la venta de la cosa ajena como propia y de aquella donde ambas partes conocen que la finalidad es obtener una cosa ajena, para luego poder transmitir la propiedad al comprador. Para determinar sus consecuencias, habrá que distinguir entre la promesa de medio o de resultado o, dicho en otras palabras, si existió o no garantía de obtener la entrega de la cosa ajena.

En el caso de la venta de cosa ajena como propia, el vendedor asume siempre una obligación de resultado, en tanto *debe* entregar la cosa, so pena de su responsabilidad por los daños causados por su incumplimiento.

En el caso de la venta de cosa ajena declarando que no es propia —o debiendo saberlo el comprador—, el vendedor puede o no garantizar la entrega de la cosa ajena. Concretamente, puede: a) asumir una obligación de medios, es decir, se compromete exclusivamente a hacer todo lo que esté a su alcance para que la entrega de la cosa se efectivice; por tanto, en caso de no ser posible la prestación a su cargo, nada puede reclamársele, salvo que ese incumplimiento pueda serle atribuido a título de culpa; b) asumir una obligación de resultado que consiste en obtener la entrega de la cosa, sea porque la adquiere o porque promete el hecho del tercero y asume el riesgo de no lograrlo; en consecuencia, la omisión de transmitir la propiedad de la cosa implicará su obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento.

Recordemos también que la prohibición solo se aplicaría a las cosas ciertas, pues el género y la cantidad carecen de dueño.

Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares. Pueden ser objeto de los contratos, pero serán inoponibles a los terceros, en los términos de los arts. 396 y 397 CCC y de conformidad con el principio *nemo plus iuris* contenido en el art. 399 CCC, por cuanto no puede transmitirse como libre un bien sujeto a alguna afectación.

Asimismo, el vendedor que de mala fe contrata sobre una cosa como si estuviese libre debe reparar los daños causados al comprador, si éste ha obrado de buena fe (conf. art. 1009 CCC).

Bienes en condominio. La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa es inoponible a sus condóminos. El vendedor debe satisfacer al comprador, que ignoraba que la cosa era común con otros, los daños que le resulten de la ineficacia del contrato, salvo que el bien se le adjudique o adquiera lo que posee en copropiedad o logre que los demás condóminos cumplan el contrato. Dicho régimen surge de la interpretación integrada de los arts. 1989, 1990 y 1008 CCC).

Evicción. Encontramos un supuesto especial de adquisición de la cosa ajena contemplado en el régimen previsto para la evicción, pues de conformidad con el art. 1040 CCC el comprador no tiene derecho a la reparación en concepto de saneamiento: a) si conoció o pudo conocer el peligro de la evicción; b) si la transmisión fue hecha a su riesgo; c) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa; d) si el enajenante conoció o pudo conocer el riesgo de la evicción.

Herencia. Debemos también aclarar que cuando el heredero transfiere una cosa heredada —y no la universalidad jurídica o una parte alícuota de la herencia— por un precio en dinero será compraventa (LÓPEZ DE ZAVALÍA), siendo su régimen el de los arts. 2403 y 2404 CCC, especialmente, en cuanto establece que la partición es declarativa y no constitutiva de derechos y que: "Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos". Luego, en caso de evicción, cada uno de los herederos responderá por la correspondiente indemnización en proporción a su parte.

B. El precio

El precio es el dinero que constituye la contraprestación de la obligación de transferir la propiedad de la cosa.

El dinero es moneda, de curso legal o no.

Constituye una obligación de dar sumas de dinero, en los términos de los arts. 765 y sigtes. CCC.

Si bien el legislador ha contemplado casos válidos de compraventa en los cuales las partes no han fijado el precio, supliendo la ley esa omisión (ej.: art. 1143 CCC para cosas muebles), la regla es que el contrato no será de compraventa si faltare el precio.

El precio debe reunir las siguientes condiciones: a) debe ser en dinero; b) debe ser cierto, o sea, determinado o determinable; c) no debe estar sujeto a índices.

1. Precio en dinero. El precio, como hemos dicho, debe ser en dinero. Si así no lo fuere, no sería compraventa el contrato, pues le faltaría un requisito esencial en los términos del art. 1127 CCC.

Si se estableciera como contraprestación la entrega de una cosa en propiedad, obviamente nos encontraríamos dentro de la permuta, con la excepción del precio mixto, de acuerdo a lo establecido en el art. 1126 CCC.

Si la cosa que se da como precio no se entregase en propiedad —en comodato por ejemplo— sería un contrato innominado.

Si en lugar de dinero se tratara de un hecho o de una abstención, nos encontraríamos en presencia de un contrato atípico o innominado.

El precio puede ser establecido en moneda extranjera. Dicha operación jurídica no convertiría al contrato en permuta, atento lo normado por el art. 765 CCC, sino simplemente debe entenderse que el comprador se

obliga a dar cantidades de cosas, lo cual le permite liberarse entregando su equivalente en moneda de curso legal.

2. *Precio cierto*. El precio debe ser determinado o determinable. Ello sucede cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar; cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero; o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta; "en cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo" (art. 1133 CCC).

Sin embargo, en la compraventa de cosas muebles, el legislador suple el silencio de las partes sobre el precio, disponiendo que "se considera, excepto indicación en contrario, que las partes han hecho referencia al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate" (art. 1143 CCC).

Como bien dicen los MAZEAUD, para que exista precio determinado, es suficiente que el contrato contenga algunos elementos que, sin influencia posible de la voluntad posterior de las partes, permitan fijar al mismo.

Sostiene WYAR que es también posible que los contratantes acudan a cualquier otro procedimiento que conduzca a la fijación del precio. Así, es factible que la determinación del precio se deduzca de algunas de las cláusulas del contrato: v. gr., "se pagará el precio del costo del producto", o cuando se estipula, como decían Las Partidas, que se pagarán "tantos dineros cuántos el comprador tuviese en alguna arca, saco, o maleta, u otra cosa cualquiera".

Distinto es el caso en que se afecte la determinación del precio en virtud de una cláusula que establezca que la cosa se vende por su justo precio, toda vez que no se dan parámetros para establecerlo. En este caso, si bien el CCC —a diferencia del Código Civil (ley 340)— nada dice acerca de la nulidad, consideramos que tal es la consecuencia por faltar el precio como requisito esencial, en tanto no cumple con la condición de ser determinado o determinable.

Según dicen los MAZEAUD, la fijación de un justo precio es una regla moral; no es en principio una regla jurídica. Moralistas y teólogos han insistido siempre sobre la obligación que pesa sobre el vendedor y el comprador para atenerse al precio correspondiente al valor de la cosa vendida. Estaba ya escrito en los Libros Sagrados: "Un mercader resiste difícilmente a la tentación y el traficante no podrá quedar sin pecado. Un piquete se incrusta entre dos piedras juntas; se introduce una culpa entre la venta y la compra" (*Eclesiástico*, XXVI, 29; XXVII, 2. de la traducción de la Biblia de Jerusalén). Desenvuelta por SANTO TOMÁS DE AQUINO, la tesis del justo precio se resume por SAN FRANCISCO DE SALES en los siguientes términos: "Haceos vendedor al comprador y comprador al vendedor, y compraréis y venderéis justamente" (*Introducción a la vida devota*).

También será nulo el contrato de compraventa cuando una cosa se venda por el precio que fije cualquiera de las partes pues sería una obligación meramente potestativa.

Veamos los modos de determinación:

a) *Precio fijado por las partes*: las partes pueden determinar el precio de distintos modos:

1) Estableciendo la cantidad a pagar. Este es el supuesto general y no merece mayor explicación. Las partes, dentro de la autonomía de la voluntad, establecen un importe determinado. Luego, en virtud del efecto vinculante (art. 959 CCC) no puede ser modificado, sino por un nuevo acuerdo de partes o por sentencia judicial que disponga revisarlo por aplicación de los institutos de la lesión o la imprevisión. Aquí cabe advertir, también, que, en ocasiones, el Estado ha intervenido con distintos mecanismos (precios mínimos o máximos, prohibición de indexación, variación de costos o repotenciación de deudas) invocando el orden público económico.

Por otra parte, el CCC contempla diversas modalidades que se pueden dar en la determinación del precio de las compraventas de inmuebles, fijando las reglas para resolver los casos en que resultan diferencias entre las medidas o superficies declaradas y las que en realidad tiene la cosa:

Precio no convenido por unidad de superficie: Si la fracción de tierra, aunque esté edificada, tiene una diferencia mayor del 5% con la acordada, el vendedor o el comprador, según los casos, tiene derecho a pedir

el ajuste de la diferencia. En tal caso, el comprador que por aplicación de esta regla debe pagar un mayor precio puede resolver la compra (conf. art. 1135 CCC).

Precio convenido por unidad de medida de superficie: De conformidad con el art. 1136 CCC, el precio total es el que resulta en función de la superficie real del inmueble. Hasta aquí, basta una simple operación aritmética (multiplicar la unidad de medida por el precio unitario convenido). Sin embargo, si lo vendido es una extensión determinada, y la superficie total excede en más de un 5% a la expresada en el contrato, el comprador tiene derecho a resolver. En este supuesto, la base de cálculo del porcentaje de tierra vendido es la que varía, por lo que no puede presumirse que el comprador haya asumido un riesgo superior al 5% de diferencia en el monto a abonar.

En cambio, en la hipótesis contemplada en la primera parte, el comprador claramente se sujetó a lo que resulte de la efectiva medida del inmueble.

Finalmente, en materia de cosas muebles, encontramos también una previsión en sentido similar:

Precio fijado por peso, número o medida: en tal caso, es debido el precio proporcional al número, peso o medida real de las cosas vendidas. En caso de duda acerca del peso, se calcula el precio por el peso neto (art. 1144 CCC).

2) Relacionándolo con el precio de otra cosa cierta. Se trata de la suma resultante de la comparación con otro bien, según su cotización en plaza o su estimación corriente (SALERNO). Así, puede enajenarse una cosa, por ejemplo, al precio que sea rematada otra, o al equivalente a cinco cabezas de ganado.

3) Remitiéndolo al valor de plaza en cierto día o lugar. Esta situación llamada también precio corriente, puede ser efectuada solamente con las cosas muebles. Es precio corriente el que tienen las cosas como valor común en el mercado (ZAVALA RODRÍGUEZ) y se forma o determina mediante operaciones suficientemente reiteradas y, por ello, representativas del valor real de las cosas; hablar de precio corriente importa descartar el precio excepcional o precio extraordinario y también el desproporcionado. Al respecto, el Código de Comercio (art. 458) remitía al precio del día de la entrega y establecía que en casos de diversidad de precios en el mismo día y lugar, prevalecería el término medio. El art. 1143 CCC alude al "precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate". El precio de mercado puede ser información pública, como por ejemplo la publicada en un diario o la que surge de un informe oficial de la autoridad que controla el mercado como la Bolsa de Comercio; establecido el tipo de mercado y la fecha precisa en que se lo toma en cuenta, las partes pueden adoptarlo en forma parcial, es decir, "un tanto más o menos que éste" (LORENZETTI). En última instancia, se debe estar al precio que determinan los corredores o, si no existiesen o no funcionasen mercados de donde surja la determinación del monto a abonar, quedará al arbitrio de peritos.

b) *Determinación por un tercero:* el art. 1134 CCC permite también que el precio quede al arbitrio de un tercero, quien puede ser designado en el contrato o después de su celebración.

La norma citada se ha apartado de las reglas establecidas en el Código Civil ([ley 340](#)) en tanto admite que sea el Juez quien lo fije si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación o sustitución del tercero o si éste no quiere o no puede hacerlo. Tanto en uno como en otro caso se configura un supuesto de integración del contrato.

Si el tercero fija el precio, los efectos del contrato se retrotraen al tiempo en que se celebró y es irrevocable. Se considera, en definitiva, como si el precio estimado por el tercero, hubiera sido el fijado por las propias partes desde el origen mismo del contrato.

Entendemos, asimismo, que hay precio cierto en la compraventa mediante subasta, donde la suma a pagar, al igual que el comprador, queda determinado por el que realiza la mejor oferta.

3. *Precio serio.* Debe rescatarse aquí la noción de valor para justificar el desplazamiento de la cosa, pues debe haber un equilibrio entre la cosa y el dinero a percibir.

La doctrina mayoritaria entiende que el precio debe ser serio y real, y esto implicaría negar valor al precio irrisorio.

El precio será de tal categoría cuando su monto descienda tanto que resulte despreciable.

Por ende, se da aquí el problema de determinar el límite entre la contraprestación vil y la irrisoria. Pensamos que la irrisoria será aquella que, atento las circunstancias del caso, las partes no le asignan importancia alguna, careciendo de intención de contraer un vínculo en sentido jurídico.

En tal supuesto desaparece la onerosidad del contrato y debe considerarse nulo como compraventa aunque podrá predicarse del mismo su carácter de donación —si el negocio reuniese los requisitos para ser tal— y en su consecuencia la aplicabilidad a la especie de la regulación propia de tal contrato.

El precio vil, si bien menor al valor de la cosa en el mercado, es precio y por lo tanto existirá contrato de compraventa.

Lo dicho no implica negar la posibilidad de aplicación de la teoría de la lesión del art. 332 CCC en el supuesto de precio vil, siempre que se den las circunstancias subjetivas previstas en el instituto.

4. El precio no debe estar sujeto a índices. En nuestro país el tema de la revalorización o indexación sufrió un largo proceso de transformación doctrinario, jurisprudencial y legal.

En un principio, al igual que en la actualidad, rigió sin lugar a dudas la doctrina del nominalismo, eventual heredero del metalismo y que habría tenido expresa consagración legislativa en el anterior art. 619 del Código Civil ([ley 340](#)) criterio ratificado en el art. 619, atento el texto de la [ley 23.928](#). Posteriormente se comenzó a hacer un distingo entre deudas de valor y deudas de moneda para solo reajustar las primeras, admitiéndose luego el reajuste de las segundas como consecuencia de la mora del deudor, para por último admitirse sobre la base de la tesis del valorismo la actualización generalizada sin hacer distingo alguno.

Claro que estas actualizaciones produjeron lamentables consecuencias cuando perdieron la razonabilidad ante el crecimiento diferenciado entre los índices tomados y la actividad económica del deudor.

Entendemos que actualmente la problemática de la legitimidad o ilegitimidad de la actualización dineraria se encuentra resuelta en la [ley 23.098](#), en sus [arts. 7º y 10](#) —los cuales no fueron derogados por la [ley 26.994](#) que sancionó el CCC—, donde expresamente prohíbe la actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor.

C. Objeto. Modalidades especiales en la compraventa de cosas muebles

1. Venta a ensayo o prueba. La venta a ensayo o prueba, también conocida como *ad gustum* se da cuando su objeto consiste en cosas que es costumbre gustar, antes de comprarlas, en cuyo caso tal degustación se realiza como consecuencia de una estipulación contractual, o por la misma naturaleza de lo vendido.

Con relación a la naturaleza jurídica, es un contrato condicional sujeto a una condición suspensiva.

Nuestro Código, es claro al respecto cuando establece en el art. 1160 CCC que la compraventa está sujeta a la condición suspensiva de la aceptación de la cosa por el comprador, si éste se reserva la facultad de probar la cosa o si la compraventa se conviene o es, de acuerdo con los usos, "a satisfacción del comprador". Por ello, una vez degustada y aceptada, opera retroactivamente al día del contrato, pero si no es de su agrado, el contrato queda sin efecto.

Deben tenerse en cuenta las consecuencias de la mora en la degustación: "El plazo para aceptar es de diez días, excepto que otro se haya pactado o emane de los usos. La cosa se considera aceptada y el contrato se juzga concluido cuando el comprador paga el precio sin reserva o deja transcurrir el plazo sin pronunciarse" (art. 1160, segunda parte, CCC).

2. *Venta de calidad determinada o sobre muestras.* En este tipo de ventas, en las cuales las cosas se venden como de una calidad determinada, probado que la misma existe, hay compraventa, diferenciándose claramente de la venta *ad gustum*; una es objetiva y la última subjetiva. Se trata de una compraventa sujeta a condición suspensiva (conf. art. 1160 CCC).

El art. 1153 CCC establece que si la compraventa se hace sobre muestras, no puede el comprador rehusar el recibo de los géneros contratados, siempre que sean conformes con las mismas muestras.

Lo mismo cabe predicar de aquellas compraventas con la calidad prefijada en el contrato o si son aptas para los mismos fines a que ordinariamente se destinan cosas del mismo tipo o si son aptas para cualquier fin especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato o si las cosas están envasadas o embaladas de la manera habitual para tales mercaderías —o, si no la hay, de una adecuada para conservarlas y protegerlas—, salvo que el comprador conociera o debiera conocer la inadecuación de la cosa en el momento de celebrar el contrato (conf. art. 1156 CCC). La duda será resuelta por peritos arbitradores (1157 CCC).

3. *Venta por junto.* Lo común será la venta de una cosa mueble determinada, pero también puede enajenarse una pluralidad de cosas. En tal supuesto dispone el art. 1159 CCC que la compraventa puede ser por una cantidad de cosas "por junto", es decir, cuando las cosas son vendidas en masa formando un solo todo y por un solo precio. En tal caso el comprador no está obligado a recibir sólo una parte de ellas, excepto pacto en contrario. Si la recibe, la venta y transmisión del dominio quedan firmes a su respecto.

4. *Compraventa de cosas que no están a la vista.* Cuando las cosas deben ser remitidas por el vendedor al comprador, la cosa debe adecuarse al contrato al momento de su entrega al comprador, al transportista o a un tercero designado para recibirla (art. 1154 CCC).

5. *Compraventa de cosas que se entregan en fardos o bajo cubierta.* Dicha modalidad impide el examen y reconocimiento de la cantidad y adecuación de las cosas al contrato. En consecuencia, la ley establece que el comprador puede reclamar, dentro de los 10 días inmediatos a la entrega, cualquier falta en la cantidad o la inadecuación de las cosas al contrato. Ello se relaciona con el efecto liberatorio del pago, esto es, que en este caso, el vendedor no se libera de su obligación por el sólo hecho de la entrega. Sin embargo, el vendedor puede exigir que en el acto de la entrega se haga el reconocimiento íntegro de la cantidad y de la adecuación de las cosas entregadas al contrato, y en ese caso hay liberación del deudor, es decir, no hay lugar a reclamos después de recibidas.

6. *Compraventa con cláusulas de difusión general en los usos internacionales.* Aquí nos remitimos a la compraventa internacional de mercaderías que desarrollaremos más adelante.

Especialmente, el art. 1161 CCC prevé la utilización de dichas cláusulas en las compraventas que no sean internacionales, presumiendo que el significado es el que le adjudiquen los usos internacionales, salvo que lo contrario resulte de las circunstancias.

7. *Compraventa con cláusula "pago contra documentos", "aceptación contra documentos" o similares.* En este caso, la ley dispone que el pago, aceptación o acto de que se trate sólo puede ser rehusado por falta de adecuación de los documentos con el contrato, con independencia de la inspección o aceptación de la cosa vendida, excepto que lo contrario resulte de la convención o de los usos, o que su falta de identidad con la cosa vendida esté ya demostrada; en el supuesto de que intervenga una entidad bancaria, el vendedor no tiene acción contra el comprador hasta que el banco rehúse el pago, aceptación o acto de que se trate (art. 1162 CCC).

D. Objeto. Compraventa de automotores

Atento las diferencias con el régimen general efectuaremos algunas consideraciones respecto del sistema registral de los automotores.

El art. 1º del decreto-ley 6582/58 (texto ordenado por decreto 1114/97, con las modificaciones posteriores introducidas por las leyes Nº 25.232, 25.345 y 25.677) establece: "La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor"; y el art. 2º de dicha normativa, expresa: "La inscripción de buena fe de un automotor en el Registro confiere al titular de la misma, la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si el automotor no hubiese sido hurtado o robado".

Es decir que del texto de las normas transcritas surge el carácter de constitutiva de la inscripción registral de los automotores, a diferencia de los inmuebles, pues "entre las mismas partes no se produce la transmisión, modificación o constitución del derecho sin la inscripción", criterio que al menos con relación a la responsabilidad frente a terceros ha sido parcialmente dejado de lado por la interpretación dada al respecto por la jurisprudencia mayoritaria del fuero Civil de la Capital Federal y luego por el actual art. 27 del citado decreto-ley que dispone: "[h]asta tanto se inscriba la transferencia el transmitente será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor, en su carácter de dueño de la cosa. No obstante, si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquél, revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes él no debe responder, y que el automotor fue usado en contra de su voluntad...".

E. Objeto. Modalidades en la venta de inmuebles

1. *Reserva de un inmueble.* Es frecuente que un eventual comprador, que tiene interés en adquirir una casa que está en venta (o un eventual locatario, en locación), entregue —generalmente al intermediario, aunque podría hacerlo al futuro co-contratante— una suma de dinero, con la intención de que se le otorgue alguna prioridad en la concreción del negocio o que se transmita una contraoferta o algún otro motivo. A esa entrega se le ha dado el nombre de "reserva".

Cuando funciona estrictamente como tal, la no concreción del negocio no origina su pérdida, sino que se le devuelve —por ejemplo, si se rechaza su contraoferta—, aunque en otras circunstancias se pacta que se pierde, —por ejemplo, si retira su oferta—, en lo cual se acerca al efecto de la seña penitencial.

En realidad, si de "reserva" se trata realmente, no puede ni debe asimilarse con la seña.

Tal es la cantidad de variantes que ocurren en la práctica negocial, que en cada caso particular habrá que desentrañar cuál fue la intención de las partes, toda vez que las denominadas reservas no se encuentran reguladas legalmente.

Quizá convenga aclarar que consideramos que lo que ocurre es que si a una entrega se le da el nombre de "reserva", no puede reconocérsele lisa y llanamente los efectos de la seña y menos de la penitencial, que implica la posibilidad de extinguir el contrato. Es que la palabra "reserva" no es obviamente, de modo alguno, equivalente a "seña". La interpretación de sus efectos no surgirá entonces de la ley (arts. 1059/1060 CCC), sino de la voluntad de las partes expresada en el contrato. Dicho de otro modo, cuando en un boleto se dice seña, a secas, las normas citadas dan la solución, pero ella no puede hacerse extensiva al caso en que el término empleado sea reserva, salvo que incuestionablemente se pueda demostrar que ésta equivalía a aquélla.

2. *Venta en comisión.* En muchos boletos de compraventa suele establecerse que el comprador lo hace en comisión, reservándose el derecho de proporcionar en el futuro los datos de quien en definitiva resultará ser el verdadero adquirente.

Si así no lo hiciere —por cualquier motivo—, la escritura por la parte compradora deberá suscribirla quien manifestó que compraba en comisión, a su nombre.

Ahora bien, la ley regula en el art. 1029 CCC el "contrato para persona a designar" y en el art. 1030 CCC el "contrato por cuenta de quien corresponda", para los contratos en general, a cuya explicación remitimos. Las partes que decidan celebrar una compraventa "en comisión" pueden elegir someterse al régimen de alguna de las figuras mencionadas o determinar las consecuencias que consideren convenientes, en virtud del principio de la libertad de contratación.

3. *Venta de inmuebles en propiedad horizontal.* El invento del ascensor hizo posible la construcción de grandes y elevados edificios y esta circunstancia generó la necesidad de establecer un régimen especial de dominio denominado propiedad horizontal, el cual podemos afirmar se encuentra legislado universalmente.

Hay que tener en cuenta que el art. 2617 del Código Civil ([ley 340](#)) prohibía la propiedad horizontal al expresar: "El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad", comentándose en la respectiva nota: "La mayoría de los Códigos extranjeros lo permiten, entrando luego a legislar sobre las escaleras o pasadizos de las diversas partes del edificio. La división horizontal, dando a unos los bajos y a otros los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, o sobre servidumbres, o sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio. En tales casos, la propiedad del que ocupa el suelo no puede ser definida, y sin duda que no podría mudar sus formas".

La realidad socioeconómica, motivó el dictado de la [Ley 13.512](#), que estableció en nuestro país el régimen de la propiedad horizontal.

Tratando de proteger a los adquirentes de unidades sometidas a la Ley de Propiedad Horizontal, se dictó la [ley 19.724](#) de "prehorizontalidad" que regulaba desde que se efectúa la oferta hasta la respectiva inscripción definitiva del dominio, previo a la división, firma de la escritura de venta, tradición e inscripción registral.

Actualmente, los arts. 2037 y sigtes. CCC se ocupan de regular el derecho real de propiedad horizontal, definido como aquel que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio. Dicho régimen incluye el capítulo de prehorizontalidad (ver arts. 2070 y sigtes.).

El estudio de estos temas corresponde a los Derechos Reales, por lo que allí nos remitimos.

4. [Ley 14.005](#): *venta de inmuebles en lotes y a plazos.* La [ley 14.005](#), sancionada en 1950, establece el régimen para la enajenación de fracciones de tierra en cuotas mensuales.

Debe tenerse en cuenta, como explica GASTALDI, que la extensión geográfica de las grandes ciudades, consecuencia fundamentalmente del movimiento migratorio del campo hacia las urbes, motivó que los campos cercanos a la zona urbanizada se dividieran en lotes y se enajenaran a personas de modestos recursos que de este modo pasaban a ser propietarios y luego, con esfuerzo, construían su vivienda en el terreno comprado.

La venta masiva trajo comportamientos reñidos con la ética que motivaron la preocupación del legislador, señalando que si bien los loteos habían sido un medio eficaz para el acceso a la propiedad de personas de escaso capital, se habían cometido muchos "abusos" en perjuicio de los adquirentes de lotes pagaderos a largos plazos (por ejemplo, las rescisiones arbitrarias en función del pacto comisorio estipulado a favor del vendedor).

En definitiva, la [ley 14.005](#) contempla ese particular sistema de venta referido a inmuebles fraccionados, aunque tiene limitado ámbito, pues está circunscripta a aquellas operaciones sobre lotes, en cuotas y que no

se escrituren de inmediato y, en la actualidad, casi carece de aplicación por la ausencia de los denominados loteos.

Dicha ley contiene diversas disposiciones generales en protección del adquirente: inscripción de la voluntad de vender bajo el sistema de la ley, inscripción de los boletos de compraventa individuales, conformidad del acreedor hipotecario si el inmueble está hipotecado, posibilidad de reclamar el comprador la escrituración después de haber satisfecho el 25% del precio, etcétera. También la ley contempla el caso particular del ejercicio del pacto comisorio originado en la falta de pago, y sus límites. En efecto, el artículo 8º dispone: "El pacto comisorio por falta de pago, no podrá hacerse valer después que el adquirente haya abonado la parte de precio que se establece en el artículo anterior [aclaramos: se trata del 25%], o haya realizado construcciones equivalentes al 50% del precio de compra". La norma se aplica tanto a la cláusula expresa como a la tácita.

Tal disposición, como las demás (conf. art. 14 incorporado por ley 23.266, art. 2), se considera de orden público, habiéndose defendido su constitucionalidad.

Recordemos que conforme el artículo 7º de la ley, el porcentaje del 25% es también el indicado para que el comprador solicite la escrituración del inmueble.

Con tal sistema, es decir la restricción del pacto y la facultad de pedir la escrituración del bien, la ley protege al adquirente no sólo contra la posibilidad de que el vendedor haga uso excesivo de la resolución, sino también de que el inmueble pueda ser transferido a terceros o gravado por aquél, todos ellos procedimientos que pueden implicar la pérdida de la cosa adquirida para el comprador.

Obviamente, el vendedor no queda desprotegido, pues siempre tiene el recurso de reclamar judicialmente su crédito y cobrárselo, aunque sea mediante la ejecución del propio inmueble. Incluso, resolver el contrato si el comprador ejecutado no cumple, eventualmente con retención de lo percibido y aun de las mejoras, también con posibilidad, según se ha llegado a reconocer en algún caso, de demandar la resolución y subsidiariamente, el cumplimiento.

Por último, cabe destacar que el art. 228 CCC dispone que en materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales.

6.4. Causa

Cabe recordar que, como hemos dicho oportunamente, la causa es la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido de la causa categórica de la figura en cuestión y de los motivos psicológicos relevantes, admisibles para el derecho, que en la hipótesis concreta, hayan impulsado a las partes a concluir el acto (conf. VIDELA ESCALADA).

Es decir que adherimos a la noción teleológica de la causa y, en consecuencia, sostenemos que en todo acto jurídico y por ende, en todo contrato, debe existir la causa final y que la misma deberá observarse desde dos aspectos, uno uniforme y general, para toda la figura contractual, y otra particular y variable para los contratantes.

La primera, la uniforme, tendrá una importante función calificadora del contrato; la segunda, tendrá su campo de acción dentro del tema de la licitud del acuerdo.

En este marco se ubica el art. 281 CCC que define a la causa como "el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad", agregando que "[t]ambién integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes".

Ya en el campo de la compraventa, la causa común consiste en la finalidad de lograr la transferencia de la propiedad de la cosa vendida del vendedor al comprador, a cambio del pago de un precio.

Además de esta finalidad general, como vimos, pueden existir un gran número de razones particulares para realizar el acto; cuando estos motivos determinantes son compartidos, adquieren también el carácter de causa, en las condiciones dispuestas en la última parte de la norma citada.

7. EFECTOS DEL CONTRATO

Al considerar los caracteres del contrato de compraventa dijimos que el mismo es bilateral y, como tal, crea obligaciones recíprocas, o sea a cargo del comprador y del vendedor, por lo que pasaremos a considerarlas por separado.

Preliminarmente, corresponde recordar que tienen plena virtualidad en este campo las normas referidas al pago de las obligaciones en general (ver arts. 865 y sigtes. CCC), así como aquellas disposiciones relativas a las obligaciones de dar (arts. 746 y sigtes.).

7.1. Obligaciones del comprador (art. 1141 CCC)

a) Pago del precio

La principal obligación del comprador consiste en abonarle al vendedor el precio, cuyo monto debe ser o estar determinado según las pautas que hemos visto al estudiar el mismo.

Recordemos que el ámbito del contrato es el de la libertad y en su consecuencia las partes —comprador y vendedor— podrán estipular el lugar del pago y la época del mismo. Si los contratantes no lo han convenido expresamente, se entiende que la venta es de contado, es decir, que debe efectuar el pago en el tiempo y lugar en que se haga entrega de la cosa (donde se encuentra habitualmente la cosa cierta o en el domicilio del comprador (conf. art. 874 CCC).

En materia de cosas muebles, el comprador no está obligado a pagar el precio mientras no tiene la posibilidad de examinarlas, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esta posibilidad (art. 1152 CCC).

La posibilidad de examinar las cosas tiene la finalidad de determinar la adecuación de las cosas muebles a lo convenido, de conformidad con los arts. 1156 y 1157 CCC.

En cuanto a las cosas inmuebles, cabe tener presente especialmente el régimen previsto para el ajuste del precio convenido o no por unidad de medida de superficie en los arts. 1135 y 1136 CCC.

Puede el comprador suspender el pago del precio, siempre que lo haga en las condiciones previstas en el art. 1031 CCC, o ejercer la tutela preventiva, siempre que concurran los requisitos indicados en el art. 1032 CCC.

b) Recepción de la cosa y los documentos vinculados con el contrato

Consiste en realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar del comprador para que el vendedor pueda efectuar la entrega, y hacerse cargo de la cosa. No es más que el correlato de la de entrega del vendedor.

De acuerdo a los principios generales, la cosa debe recibirse en el plazo estipulado en el contrato o según los usos, de lo contrario inmediatamente después de la compra.

Señalamos como casos particulares, las modalidades ya analizadas y contempladas en los arts. 1153, 1154, 1155, 1159 a 1162 CCC (compraventa sobre muestras, cosas que no están a la vista o cosas que se entregan en fardos o bajo cubierta, por junto, sujeta a condición suspensiva, usos internacionales y pago contra documentos).

c) Pagar los gastos de recibo, incluidos los del testimonio de la escritura pública y los demás posteriores a la venta

Claramente, se trata de una obligación accesoria a la anterior y disponible por acuerdo de partes, aplicable a las compraventas formales.

7.2. Obligaciones del vendedor (arts. 1137 a 1140 CCC)

a) Transferir la propiedad de la cosa vendida

La principal obligación del vendedor comprende: entregar la cosa; poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta; y prestar toda cooperación que le sea exigible para que la transferencia dominial se concrete.

Requisitos de la entrega:

1) Es efecto propio de la obligación de dar cosa cierta el deber de conservarla en el mismo estado en que se encontraba cuando contrajo la obligación (conf. art. 746 CCC). Al respecto ver art. 1151 CCC;

2) La entrega debe ser íntegra no en forma parcial, es decir, que la cosa debe ser entregada con sus accesorios, entendiéndose como tales aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otro objeto material del que dependen o a la cual están adheridas (art. 230 CCC);

3) La cosa debe estar libre de toda relación de poder y de oposición de tercero;

4) En cuanto al tiempo, las cosas inmuebles deben entregarse inmediatamente de la escrituración (art. 1139 CCC), salvo convención en contrario; la tradición de cosas muebles debe hacerse dentro de las 24 horas de celebrado el contrato, excepto que de la convención o de los usos resulte otro plazo (art. 1147 CCC);

5) El lugar de la entrega es el convenido, o el que determinen los usos o las particularidades de la venta. En su defecto, la entrega debe hacerse en el lugar en que la cosa cierta se encontraba al celebrarse el contrato (art. 1148 CCC);

6) Puede pactarse que la puesta a disposición de las cosas vendidas en lugar cierto y en forma incondicional tenga los efectos de la entrega, "sin perjuicio de los derechos del comprador de revisarla y expresar su no conformidad dentro de los diez días de retirada" (art. 1149, primera parte, CCC);

7) También es posible convenir que la entrega de mercadería en tránsito tenga lugar por el simple consentimiento de las partes materializado en la cesión o endoso de los documentos de transporte desde la fecha de su cesión o endoso (art. 1149, segunda parte, CCC).

Adecuación de las cosas al contrato:

1) De acuerdo al principio de identidad del pago, el acreedor (comprador) no está obligado a recibir y el deudor (vendedor) no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor (art. 868 CCC), esto es, debe existir adecuación de las cosas a lo convenido.

2) Especialmente para las cosas muebles, el art. 1156 CCC establece que son adecuadas al contrato si: a) son aptas para los fines a que ordinariamente se destinan cosas del mismo tipo; b) son aptas para cualquier fin especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, excepto que de las circunstancias resulte que el comprador no confió o no era razonable que confiara, en la idoneidad y criterio del vendedor; c) están envasadas o embaladas de la manera habitual para tales mercaderías o, si no la hay, de una adecuada para conservarlas y protegerlas; d) la cosa es de igual calidad que la muestra. En los casos a) y c) el vendedor no responde por la inadecuación de la cosa que el comprador conocía o debía conocer en el momento de la celebración del contrato.

3) La determinación de si la cosa remitida por el vendedor es adecuada al contrato se hace por peritos arbitradores excepto estipulación contraria, con las especificaciones expresadas en el art. 1157 CCC.

4) Cuando la venta fuere convenida mediante entrega a un transportista o a un tercero distinto del comprador y no ha habido inspección de la cosa, los plazos para reclamar por diferencias de cantidad o por su no adecuación al contrato se cuentan desde su recepción por el comprador (art. 1158 CCC).

5) La entrega anticipada de cosas no adecuadas al contrato, sea en cantidad o calidad, otorga al vendedor, hasta la fecha fijada, la facultad de: a) entregar la parte o cantidad que falte de las cosas; b) entregar otras cosas en sustitución de las dadas o subsanar cualquier falta de adecuación de las cosas entregadas a lo convenido, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos (art. 1150 CCC).

Entrega de la documentación:

1) Factura: el vendedor debe entregar al comprador una factura que describa la cosa mueble vendida, su precio, o la parte de éste que ha sido pagada y los demás términos de la venta. La factura no observada dentro de los 10 días de recibida se presume aceptada en todo su contenido (art. 1145 CCC).

2) Documentos: si el vendedor está obligado a entregar documentos relacionados con las cosas muebles vendidas debe hacerlo en el momento, lugar y forma fijados por el contrato (art. 1146 CCC, primera parte).

3) En caso de entrega anticipada de documentos el vendedor puede, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad con ellos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona inconvenientes ni gastos excesivos al comprador (art. 1146 CCC, segunda parte).

4) En materia de inmuebles, el vendedor debe poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta.

b) Pagar los gastos de entrega

No es más que una obligación relacionada con el cumplimiento íntegro de la obligación principal. Veamos su contenido:

1) Los gastos de entrega de la cosa vendida y los que se originen en la obtención de los instrumentos correspondientes, deben ser abonados por el vendedor, salvo pacto en contrario; en la compraventa de inmuebles, dichos gastos comprenden los del estudio del título y sus antecedentes y, en su caso, los de mensura y los tributos que graven la venta (art. 1138 CCC).

2) Están a cargo del vendedor los riesgos de daños o pérdida de las cosas (art. 1151, primera parte, CCC).

3) También debe afrontar el vendedor los gastos incurridos hasta poner la cosa a disposición del comprador en los términos del art. 1149 o, en su caso, del transportista u otro tercero, pesada o medida y en las demás condiciones pactadas o que resulten de los usos aplicables o de las particularidades de la venta (art. 1151 CCC).

c) Recibir el precio

La recepción del precio por parte del vendedor no es un verdadero deber sino el correlato del de entregar la contraprestación por la adquisición.

En materia de cosas muebles, si la factura referida no indica plazo para el pago del precio se presume que la venta es de contado (art. 1145 CCC).

La obligación de recibir el precio comprende la de entregar suficiente recibo.

d) Obligación de saneamiento

Como ya hemos dicho y atento el carácter oneroso del contrato, quedará obligado el vendedor por evicción y vicios redhibitorios (arts. 1033 y sigtes. CCC). La extensión y funcionamiento de estas garantías fueron consideradas al estudiarse la parte general, a la que nos remitimos.

Como bien señala LORENZETTI, en el campo del derecho del consumidor la ley establece garantías más amplias.

8. CLÁUSULAS ESPECIALES

Las cláusulas especiales de la compraventa, son elementos accidentales de los contratos que pueden o no estar regulados positivamente. Al respecto, rige el principio general de todos los contratos: la libertad de las partes para estipular lo que les convenga, salvo las reservas que contiene la ley, fundadas en el orden público, la moral y las buenas costumbres de acuerdo al art. 958 CCC.

8.1. Ventas condicionales

Son aquellas que las partes han decidido someterlas a condiciones suspensivas o resolutorias. Su régimen lo encontramos en las disposiciones relativas a las modalidades de los actos jurídicos (arts. 343 a 349 CCC).

En cuanto a sus efectos, por aplicación de aquellas normas al contrato particular, cabe tener presente:

Cuando la condición fuere suspensiva:

a) Mientras pendiese la condición, ni el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador de pagar el precio, y sólo tendrá derecho para exigir las medidas conservatorias;

b) Si antes de cumplida la condición, el vendedor hubiese entregado la cosa vendida al comprador, éste no adquiere el dominio de ella, y será considerado como administrador de cosa ajena;

c) Si el comprador, sin embargo, hubiese pagado el precio, y la condición no se cumpliera, se hará restitución recíproca de la cosa y del precio, pero no los frutos percibidos.

Cuando la condición fuere resolutoria:

a) El vendedor y comprador quedarán obligados como si la venta no fuese condicional, y si se hubiere entregado la cosa vendida, el vendedor, pendiente la condición, sólo tendrá derecho a pedir las medidas conservatorias de la cosa;

b) Si la condición se cumple, se observará lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas a sus dueños; mas el vendedor no volverá a adquirir la propiedad de la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella (conf. arts. 1169 y 750 CCC). Subsisten los actos de administración y los frutos percibidos.

En caso de duda, la venta condicional se reputa hecha bajo condición resolutoria, si antes del cumplimiento de la condición el vendedor hace tradición de la cosa al comprador (art. 1168 CCC).

La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario (art. 346 CCC).

En todo supuesto, mientras la condición no se haya cumplido, la parte que constituyó o transmitió un derecho debe comportarse de acuerdo a la buena fe, de modo de no perjudicar a la otra parte (art. 347 *in fine* CCC).

8.2. Pacto de retroventa y pacto de reventa

El viejo *pactum de retrovendo* del derecho romano se encuentra definido en el art. 1163 CCC —en sentido similar al art. 1366 del Código Civil ([ley 340](#))— como "aquel por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del precio, con el exceso o disminución convenidos".

El pacto de retroventa ha sido mirado con disfavor, por poder ocultar un préstamo, tal vez usurario. Es una forma de garantía para los prestamistas, más eficaz que la hipoteca, porque le da el dominio de la cosa, que no tiene el acreedor hipotecario, el cual debe permitir que el inmueble hipotecado quede en poder del deudor o propietario.

El pacto de reventa se encuentra legislado en el art. 1164 CCC que dispone: "Pacto de reventa es aquel por el cual el comprador se reserva el derecho de devolver la cosa comprada. Ejercido el derecho, el vendedor debe restituir el precio, con el exceso o disminución convenidos". Obviamente este pacto es el inverso del de retroventa.

Régimen legal de ambos pactos

El contrato de compraventa sujeto a alguno de estos pactos se considera establecido bajo una condición resolutoria, con las consecuencias señaladas en el acápite 9.1., a las cuales debemos agregar las siguientes precisiones:

1. *Dominio revocable.* La persona a quien se le entrega la cosa sometida al pacto de retroventa o al pacto de reventa tiene un dominio revocable (arts. 750 y 1169 CCC), pues está sometida a la condición de que se presente la otra parte y declare que está dispuesto a usar de la facultad que le acuerda el contrato, devolviendo el precio o la cosa, respectivamente.

2. *Oponibilidad.* Los pactos de retroventa y de reventa pueden agregarse a la compraventa de cosas muebles e inmuebles. Si la cosa vendida es registrable, los pactos son oponibles a terceros interesados si resultan de los documentos inscriptos en el registro correspondiente, o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo. Si las cosas vendidas son muebles no registrables, los pactos no son oponibles a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (art. 1166 CCC).

3. *Plazo.* La retroventa y la reventa pueden ser convenidas por un plazo perentorio e improrrogable que no exceda de los 5 años si se trata de cosas inmuebles y de 2 años si se trata de cosas muebles, contados desde la celebración del contrato. Si las partes convienen uno mayor se reduce al máximo legal (art. 1167 CCC).

El límite temporal se comprende porque sin él podría estancarse la circulación de los bienes. Durante la época que ella dura, el vendedor no puede disponer de los bienes, que deben pasar a poder del comprador, y éste se halla trabado en su acción porque a su vez no puede disponer de esas cosas con toda amplitud, dado que las puede perder, expirado el plazo señalado, si el vendedor así lo desea. En tales circunstancias ese objeto se encontraría fuera del comercio, imposibilitado para circular.

Pasado este término, se extingue el derecho del vendedor para resolver la venta y el comprador queda propietario irrevocable. Ello es así, porque queda sometida la condición resolutoria al cumplimiento del

término; cumplido éste, se incumple esa condición resolutoria, y se consolida el dominio a favor del adquirente.

4. *Frutos.* En cuanto a los frutos (tanto de la cosa —sean civiles o naturales— como del precio —léase intereses—), cuando se hubiese determinado el efecto retroactivo de la condición, quedan a favor de la parte que los ha percibido. Ésta es una compensación asumida por la ley. De manera que, si durante el término de la retroventa el comprador ha recibido, como es natural, alquileres de la cosa objeto del contrato, que le corresponden como propietario bajo condición resolutoria, y tiene que restituir los devengados desde la fecha de celebración del contrato de compraventa con pacto de retroventa en el momento de efectivizarse el pacto, en virtud del efecto retroactivo de la condición resolutoria, la ley considera que quedan esas rentas compensadas con los intereses que el precio de la venta hubiera devengado al vendedor.

5. *Restitución recíproca por cumplimiento de la condición.* El vendedor queda obligado a reembolsar al comprador, no sólo el precio de la venta, sino los gastos hechos en ocasión de la entrega de la cosa vendida, los gastos del contrato, como también las mejoras en la cosa, que no sean voluntarias; y no puede entrar en posesión de la cosa sino después de haber satisfecho esas obligaciones.

Por su parte, el comprador está obligado a restituir la cosa con todos sus accesorios y a responder de la pérdida de la cosa y de su deterioro causado por su culpa. Sin embargo, deben observarse las reglas de los arts. 759 a 761 CCC referidas a las obligaciones de dar para restituir y las referidas al dominio revocable, y más especialmente el art. 1166 CCC ya reseñado, por lo cual en el caso de cosas muebles no registrables —a diferencia de las cosas inmuebles o muebles registrables— el vendedor no tiene derecho contra los poseedores de buena fe a título oneroso; asimismo, en cuanto a las cosas inmuebles o muebles registrables, la obligación de restituir la cosa comprende la inscripción en el registro correspondiente, sea constitutiva para la readquisición del derecho real, sea para su oponibilidad.

6. *Transmisibilidad.* Ese derecho eventual que tiene el enajenante de recuperar la cosa en virtud del pacto de retroventa, está en su patrimonio y por ello puede ser transmitido por causa de muerte. Los acreedores del vendedor pueden ejercerlo en lugar del deudor, por aplicación del principio del art. 739 CCC relativo a la acción subrogatoria.

Si el derecho pasare a dos o más herederos del vendedor, o si la venta hubiese sido hecha por dos o más copropietarios de la cosa vendida, será necesario el consentimiento de todos los interesados para recuperarla, so pena de inoponibilidad a sus coherederos o condóminos.

La situación del comprador es exactamente la misma dentro de sus obligaciones. La obligación de soportar el pacto de retroventa tiene que pasar forzosamente a los herederos del comprador, no solamente a los sucesores a título singular, porque los que reciben una cosa en virtud de una cesión, de una donación o de un traspaso tienen que recibirla en la misma situación y con las mismas limitaciones que la tenía su causante, en las condiciones de oponibilidad ya explicadas en el punto 5.

Finalmente, las reglas para el pacto de reventa en este aspecto serán pero a la inversa: la transmisibilidad es a los herederos o sucesores particulares del comprador.

8.3. Pacto de preferencia

El art. 1165 CCC define al pacto de preferencia como aquel por el cual el vendedor tiene el derecho de recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla.

Condiciones de ejercicio:

a) El comprador tiene que decidir vender la cosa, y el vendedor ofrecerle un precio que sea igual o superior al que ofrece la persona a quien se quería transmitir el bien.

b) El comprador debe hacer saber al primitivo vendedor su decisión de enajenar y todas las circunstancias de la operación proyectada o, en su caso, el lugar y tiempo en que debe celebrarse la subasta, a los efectos de que él pueda optar.

c) El vendedor debe ejercer su derecho manifestando su voluntad de valerse de dicha preferencia dentro de los 10 días de recibida dicha comunicación, salvo que otro plazo resulte de la convención, los usos o las circunstancias del caso; siempre ofreciéndole al adquirente primitivo todas las ventajas que ofrezca la persona que trate de adquirir la cosa.

d) Se aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria y las normas de los arts. 1166 y 1167 CCC en cuanto a las condiciones de oponibilidad y plazo de caducidad.

e) El derecho que otorga al vendedor es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos (art. 1165 *in fine* CCC).

8.4. Pacto de mejor comprador

El pacto de mejor comprador es la estipulación de quedar deshecha la venta si se presentase otro comprador que ofreciese precio más ventajoso.

La inclusión de este pacto en un contrato de compraventa significa estipular que si dentro de determinado plazo, después de concluida la venta, se presenta otra persona ofreciendo mejores condiciones, la operación quedará sin efecto.

El pacto que analizamos aparece una condición resolutoria del contrato, pero nada impide que las partes expresamente convinieren que funcione como una condición suspensiva.

Siendo así, el contrato de compraventa celebrado con este pacto, genera uno de los supuestos del dominio imperfecto, pues se reputa transmitido bajo condición resolutoria, a menos que se hubiere pactado expresamente la condición suspensiva, en cuyo caso ni siquiera se ejecutaría una transmisión de dominio, porque estaría supeditada al hecho de que no se presentare el mejor comprador.

Luego, en ejercicio de la libertad de contratación —que se manifiesta con mayor amplitud en el caso de una convención no regulada por la ley—, resultará conveniente que las partes definieran las condiciones de ejercicio, por ejemplo: si el mayor precio, o la mejora ofrecida, debe entenderse que lo es por la cosa como estaba cuando se vendió, sin los aumentos o mejoras ulteriores; si existe un plazo para ejercer el derecho emergente del pacto de mejor comprador; si el mismo puede ser cedido, pasar a los herederos del vendedor y/o ser ejercido por los acreedores en caso de concurso, salvo convención en contrario; si existe plazo de caducidad; si el comprador originario debería tener prelación para retener el dominio si propusiese iguales ventajas que el nuevo adquirente.

8.5. Cláusula resolutoria expresa

Sin perjuicio de considerarse implícita en la compraventa —en tanto contrato bilateral— la cláusula resolutoria (art. 1087 CCC), la cual se encuentra sujeta al régimen de los arts. 1088 y 1089 CCC, las partes pueden incorporarla expresamente. En tal caso, debe atenderse a lo dispuesto en el art. 1086 CCC, a saber: "Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que

la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver". Asimismo, rigen también para la cláusula comisorias expresas las disposiciones generales en materia de extinción (arts. 1078 y sigtes. CCC).

Para un mayor desarrollo, remitidos a lo explicado en el capítulo pertinente de esta obra.

8.6. Pacto de no enajenar

El art. 1972 CCC establece que es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales, aunque sí son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.

Asimismo, la norma le agrega un límite temporal: si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a 10 años, se considera celebrada por ese tiempo; es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de 10 años contados desde que se estableció.

La razón de la prohibición de la cláusula de inenajenabilidad está en la idea del legislador de asegurar la libre circulación de la riqueza, motivo por el cual estableció un plazo máximo para las locaciones. La ley, en materia de derechos reales, está inspirada en el propósito de hacer circular o movilizar la riqueza, y todo lo que sea retardar esta circulación o imposibilitarla está prohibido.

La cláusula de no enajenar a una persona determinada, está autorizada porque puede haber legítimo interés en que no se entregue la cosa a cierto individuo y porque no impide la circulación, dado que puede venderse a otro adquirente.

8.7. Cláusula de arrepentimiento

Las partes pueden incorporar como elemento accidental del contrato, a favor del vendedor, del comprador o de ambos, una cláusula que permita el arrepentimiento. Debe ser ejercida siempre antes de que exista principio de ejecución de alguna de las obligaciones (de lo contrario, sería retroventa o reventa). Si los términos de la convención se ajustaran a lo dispuesto en los arts. 1059 y 1060 CCC estaríamos frente al instituto de la señal o arras, en su modalidad penitencial (que fundamentalmente prevé la entrega de alguna cosa para asegurar el cumplimiento del contrato y una indemnización tarifada por el arrepentimiento).

8.8. Pacto de reserva de dominio

La cláusula que permite reservar el dominio hasta el pago del precio implica una compraventa sujeta a condición suspensiva.

Si versare sobre cosas muebles, la compraventa no será oponible a terceros de buena fe que hubieran adquirido derechos sobre dichas cosas.

9. LOS BOLETOS DE COMPRAVENTA.

9.1. Naturaleza jurídica

Sin perjuicio de remitir a lo ya explicado en materia de forma de los contratos, cabe puntualizar que el contrato de compraventa de inmuebles es formal relativo, pues la ley exige la escritura pública salvo en el caso de la subasta, de acuerdo al art. 1017-a) CCC.

En tal sentido, es común que las partes, antes de realizar la escritura pública, celebren un documento privado denominado boleto de compraventa.

La expresión "boleto de compraventa" está legalmente receptada, entre otros, en el [art. 4 de la Ley 14.005](#) (venta de inmuebles fraccionados y en cuotas) y en los arts. 209 y 583 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, etc.

Su razón de ser es que en muchos casos no está redactado aún el reglamento de copropiedad y administración del inmueble adquirido o no se han obtenido todavía los certificados de obligaciones *propter rem* que pesan sobre la finca.

Realizado el boleto de compraventa, nadie duda que en virtud de éste y por aplicación de lo normado por el art. 1018 CCC se pueda demandar la escrituración, pero se discute si dicho documento privado es el verdadero contrato de compraventa o sólo uno que obliga a realizar aquél, por lo que sería un precontrato o contrato preliminar. Al respecto, ya nos hemos pronunciado en el acápite referido a los contratos preparatorios, especialmente a la llamada "promesa de celebrar un contrato".

Recordemos que para que un acuerdo sea contrato deben reunirse los elementos esenciales del mismo sin importar la denominación que le den las partes, tal cual surge con claridad para el de compraventa de lo normado por el art. 1127 CCC. En el boleto existe consentimiento, objeto y causa por lo que no cabe duda, para nosotros, de que aquél es el verdadero contrato.

Avala también la tesis de que el boleto de compraventa es el verdadero contrato su regulación especial dentro del capítulo referido al contrato de compraventa y la redacción de los arts. 1170 y 1171 CCC. Allí, cabe subrayar que se alude al "derecho del comprador", al pago del 25% del precio y a la publicidad registral o posesoria de esa adquisición; a lo cual debemos agregar la oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra del vendedor. Todo ello, sin duda, demuestra la virtualidad propia de un contrato definitivo, que puntualiza acerca del cumplimiento de prestaciones originadas en un contrato de compraventa, pues si el legislador lo hubiera interpretado como preliminar sólo valdría como aquel en que las partes se obligaron exclusivamente a escriturar para luego poder exigir las obligaciones típicas de vendedor y comprador. Nótese, además, que el incumplimiento de la obligación de escriturar no acarrea la nulidad del contrato, como ocurre en el caso del contrato de donación de cosas inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 CCC). Y que la ejecución forzada prevista en el art. 1018 CCC —el juez otorga escritura en representación del vendedor—, sólo es viable legalmente si el comprador cumple o asegura cumplir las prestaciones a su cargo.

En cuanto a la obligación de escriturar, cabe apuntar que el art. 1018 CCC establece que "[e]l otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su

representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento". Este precepto encuentra fundamento en lo plasmado por el art. 1128, cuando expresa que "[n]adie puede ser obligado a vender, excepto que se encuentre sometido a la necesidad jurídica de hacerlo". En este caso, la propia convención impone al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada.

En tal sentido, si la parte "obligada" se resistiera a hacerlo podrá ser demandada por la otra para que se otorgue la escritura pública, bajo apercibimiento de escriturar el Juez por él y a su costa, en concordancia con lo dispuesto por el art. 512 del CPCCN; de no ser ello posible, se resolverá la obligación en el pago de pérdidas e intereses.

En tal marco, entendemos además que cuando se trata de un inmueble enajenado a dos o más personas previendo una afectación al régimen de propiedad horizontal, la condena a escriturar lleva ínsita la obligación de cumplir con las diligencias necesarias para cumplimentar la sentencia condenatoria, y en el caso, el otorgamiento del reglamento de copropiedad que podrá ser ordenado por el juez en la sentencia como una obligación *de hacer* debiendo ser realizado en el tiempo fijado o, en su defecto, hacer ejecutar tal obligación a costa del obligado. Vemos aquí un supuesto de integración del contrato.

9.2. Régimen legal

Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación ([ley 26.994](#)) no ha aportado una regulación integral del boleto de compraventa, dejando sin resolver cuestiones que tampoco lo estaban en el Código Civil ([ley 340](#)), encontramos disposiciones específicas referidas a sus efectos.

El art. 1170 CCC establece un sistema de oponibilidad del boleto de compraventa a terceros acreedores cuando dispone que en virtud del boleto de compraventa el comprador de buena fe —esto es, si no sabía o debía saber la existencia de terceros con mejor derecho— tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido —embargo, anotación de litis, prohibición de contratar, etc., según las normas procesales— si concurren los siguientes requisitos:

- a) El comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos (apunta a la protección del cesionario sucesivo de un mismo boleto de compraventa);
- b) El comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar —es decir, antes de que el Registro respectivo tome razón o inscriba la resolución judicial que decide la medida—;
- c) El boleto tiene fecha cierta (en los términos del art. 317 CCC);
- d) La adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria (art. 1893 CCC).

Ello, en cuanto a la ejecución individual del deudor y en concordancia con lo establecido por el art. 756 CCC para el caso de concurrencia de varios acreedores sobre bienes inmuebles.

En idéntico sentido, y en cuanto a la ejecución colectiva, el art. 1171 CCC, en concordancia con el [art. 146](#) de la [ley 24.522](#) de Concursos y Quiebras, implementa (como lo hacía su antecedente 2355, último párrafo, del Código Civil [ley 340](#)) la oponibilidad del boleto de compraventa en el concurso o quiebra del vendedor, recibiendo un trato diferente de los acreedores quirografarios, siempre que reúna los siguientes requisitos:

- a) El adquirente sea de buena fe, es decir, que no conozca o deba conocer el estado de cesación de pagos del enajenante.

b) El boleto tenga fecha cierta, en los términos del art. 317 CCC.

c) Debe haberse abonado el 25% del precio, como mínimo. Entiéndase que ello debe haber ocurrido antes de la declaración de quiebra o presentación en concurso (conf. doctrina CNCom., en pleno, "Arturo de Zaguir c. Concepción Arenal SCA", 08/07/1981, La Ley, 1981-C-465).

d) En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.

Cabe destacar que el juez "debe" disponer que se otorgue la escritura pública respectiva si se encuentran reunidos los reseñados requisitos.

Asimismo, entendemos que mantiene vigencia la citada doctrina plenaria que aclaró que no era necesaria la entrega de la posesión del inmueble, puesto que el art. 1171, a diferencia del 1170, no exige la publicidad posesoria.

10. COMPRAVENTA DE CONSUMO

La Ley de Defensa del Consumidor tiene un gran campo de aplicación, el que involucra una importante cantidad de contratos, en tanto se reúnan los presupuestos de dicha legislación.

Por su parte, el art. 1093 CCC define al contrato de consumo como aquel "celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

El contrato de compraventa quedará comprendido en el sistema protectorio del consumidor cuando se reúnan las condiciones requeridas para ser calificado como una relación de consumo:

a) La calidad de consumidor (el comprador): "Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" ([art. 1º](#), [ley 24.240](#) sustituido por el punto 3.1 del Anexo II de la [ley 26.994](#), B.O. 08/10/2014; ver art. 1092 CCC).

b) La calidad de proveedor (vendedor): "Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento..." ([art. 2º](#) [ley 24.240](#), sustituido por [art. 2º](#) de la [ley 26.361](#), B.O. 7/4/2008).

El consumidor potencial generalmente accede a una "relación de consumo" a partir de una situación de expectativa colectiva, motivado generalmente por alguna iniciativa del productor-comercializador del "bien de consumo", quien si no la tiene, por lo menos fija la economía del "acto de consumo" (ALTERINI).

En definitiva, en el caso específico de que exista una compraventa consumo, debemos remitirnos a las normas generales de dicha legislación, procediendo a tratar las situaciones especiales que en la misma ley se indican particularmente para la venta. Así, fundamentalmente deben tenerse presente los arts. 4 a 6 referidos al deber de información al consumidor y protección de su salud, los arts. 7 a 10 ter que regulan las

condiciones de la oferta y de la venta, y los arts. 11 a 18 que establece las garantías referidas a las cosas muebles no consumibles. En cuanto a la formación del consentimiento y régimen de las situaciones abusivas, remitimos a lo explicado en el acápite pertinente.

Corresponde asimismo remitirse especialmente al régimen de los contratos de consumo previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1092 a 1122) ya analizado en el capítulo pertinente de la parte general de la obra.

Especialmente, cabe subrayar que en este ámbito, el documento que se extienda para la venta, sea de cosas muebles o inmuebles debe respetar los datos mínimos y las formalidades que exige el art. 10 LDC: "sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación del bien. b) Nombre y domicilio del vendedor. c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere. d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley. e) Plazos y condiciones de entrega. f) El precio y condiciones de pago. g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquéllas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley" (Artículo sustituido por [art. 7º](#) de la [Ley Nº 26.361](#) B.O. 7/4/2008).

10.1. Adquisición de inmuebles a título oneroso

La dinámica del iter inmobiliario, "relación de consumo" —en la hipótesis que así pueda ser caracterizado— (FARINA), posee dos sujetos en la contratación tutelada: por una parte, el "comprador", que en determinados casos podríamos asimilar al "consumidor" y, por la otra al "vendedor", que siendo propietario del inmueble se obliga a transmitirlo al primero, aunque habitualmente se hallan acompañados por otros participantes.

En estos casos en particular, la operación se realiza a través de una concatenación de actos en el que intervienen distintos sujetos que van desde el constructor o emprendedor (en el sentido de creador de una urbanización) que produce o genera el bien inmueble, el comercializador (generalmente empresa u organización inmobiliaria) e incluso el titular del dominio que puede no ser ninguno de los anteriores, para luego por fin arribar al comprador que cierra el contrato, y al escribano que perfecciona la transmisión.

Además ese contrato puede incluir una financiación, consecuencia de una relación de crédito con otro sujeto de derecho, (habitualmente una entidad financiera) que si bien es "tercero" en la contratación de adquisición, resulta "parte" en el mutuo financiero.

O sea que nos hallamos frente a diversos actos vinculados estrechamente, donde interviene una pluralidad subjetiva (perteneciente incluso a diferentes "centros de interés"), que protagonizan entre sí relaciones contractuales, y si bien se hallan ligadas por el inmueble en cuestión, son de distinta naturaleza, por lo que deben ser reguladas en sus efectos particulares, atribuyendo los diferentes niveles de responsabilidad conforme su participación en la relación de consumo (GHERSI).

10.2. Venta domiciliaria, por correspondencia y otras

La ley de defensa del consumidor 24.240 (texto según [ley 26.361](#)) en su art. 32 define la venta domiciliaria en los siguientes términos: "Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio. El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley. Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado".

Puede observarse que la [ley 26.361](#) ha extendido el concepto de "venta domiciliaria", incorporando aquellas ventas realizadas incluso en el establecimiento del proveedor, o en el domicilio de un tercero, así como aquellos casos en que se convoque al consumidor o usuario teniendo en miras un objeto total o parcialmente distinto al de la contratación.

Asimismo, el art. 33 caracteriza la venta por correspondencia y otras: "Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios".

La característica más importante de estas compraventas es la facultad de revocar la aceptación que la ley concede en el art. 34 al aceptante. Oportunamente hemos sostenido que esta disposición tenía antecedente en el Código de Hammurabi.

El [art. 34](#) de la [ley 24.240](#) (texto según [ley 26.361](#)) dispone: "Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último".

Por último, la ley prohíbe una práctica extendida y engañosa que consiste en remitir un objeto no solicitado y con cargo automático si no se rechaza en determinado tiempo la aceptación. Con gran acierto, a nuestro modo de ver, el art. 35 de la citada normativa dispone: "Prohibición. Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y se genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos".

Subrayamos aquí, además, las modalidades especiales previstas en los arts. 1104 a 1116 CCC: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos celebrados a distancia, donde deben subrayarse las especificaciones efectuadas en cuanto a la facultad de revocar.

11. COMPRAVENTA INTERNACIONAL

11.1. Convención de Viena

Como hemos expresado al inicio, la compraventa internacional tiene una regulación específica, conocida como Convención de Viena y firmada en la capital de Austria el 11/04/1980. Su denominación correcta es Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y fue incorporada en nuestro país por la [ley 22.765](#) (B.O. 30/03/1983), con la siguiente reserva formulada en el art. 2: "conforme con los artículos 96 y 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la parte II de la misma que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en la República Argentina". Con su ratificación la Convención ha modificado nuestro derecho interno. La misma ha entrado en vigor en 1988 y ha sido adoptada por cincuenta y nueve Estados parte.

Su finalidad es adoptar normas uniformes que tuvieran en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos y de esta forma promover el comercio internacional.

La primera parte de la Convención determina que la misma "se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados contratantes o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante" (art. 1º, ap. 1). Pero no será de aplicación a las ventas de objetos adquiridos para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, antes de la celebración del contrato o durante la misma, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las cosas se compraban para tal uso (art. 2-a).

Esta Convención consagra expresamente el principio de la fuerza jurídica de la autonomía de la voluntad, autorizando incluso la exclusión de ésta o que se establezcan excepciones a cualquiera de sus normas, conforme a lo normado por el art. 6º de aquélla.

Asimismo la Convención no será aplicable a las adquisiciones en subastas judiciales; ni a las de valores mobiliarios, ni tampoco a los títulos o efectos de comercio ni al dinero; ni a la de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; ni a la de electricidad (art. 2-b, c, d, e y f).

Considera compraventas a los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción (art. 3-1).

Por su parte, establece que no se aplicará a los contratos en los que la porción principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios (art. 3-2).

Resulta de importancia aclarar que la Convención no concierne a la validez del contrato ni a los efectos del mismo sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (art. 4º); tampoco se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas (art. 5º).

En definitiva, dispone que el instrumento "regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato" (art. 4º).

La Convención no distingue entre compraventa civil o mercantil; conteniendo, pues, una regulación unitaria.

En otro orden de cosas, si bien según el texto original el contrato de compraventa no tiene que celebrarse ni tampoco probarse por escrito, sin estar sujeto a requisito de forma alguno y puede acreditarse por cualquier medio, incluso por testigos, tal cual surge del art. 11º de la Convención, cabe tener presente la reserva efectuada por nuestro país que exige la forma escrita para toda manifestación de voluntad relativa a la compraventa internacional de mercaderías, cuando cualquiera de las partes tenga su establecimiento en la República Argentina (conf. [art. 2ley 22.765](#) ya transcrito).

Con relación a la formación del consentimiento, establece el tratado que la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Aclara que una propuesta será

suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos (art. 14-1).

Respecto a la determinación del aceptante dispone que toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario (art. 14-2).

Adhiere la Convención a la teoría de la recepción al establecer su art. 15 que "la oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario". Y sobre el tema de la retractación determina que "la oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta". Determina, asimismo, que la oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación; y que sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta (art. 16).

La Convención califica el incumplimiento esencial e impone la necesidad de comunicar a la otra parte la declaración de resolución (art. 26).

Por su parte, regula el supuesto de que no se encuentre indicado el lugar de cumplimiento de la obligación (arts. 31 a 34) y de la conformidad en la recepción (arts. 35 a 44). Otorga plazos más amplios que los previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación para que el comprador pueda examinar la mercadería y efectuar reclamos, que nunca excederán el término máximo de dos años desde la recepción (art. 39). Los derechos y acciones en caso de incumplimiento por la parte vendedora son legislados en los arts. 45 a 52. Los arts. 53 a 60 regulan las obligaciones del comprador, tales como el pago del precio y la recepción de la mercadería.

Desde el art. 61 en más de la Convención, se legislan los derechos y acciones del vendedor en caso de incumplimiento por el comprador; en los arts. 66 a 70, la transmisión del riesgo; en los arts. 71 a 73, el incumplimiento previsible y los contratos con entregas sucesivas.

Contemplando la excepción de incumplimiento, cuando éste no se hubiera producido pero fuera sumamente probable que sucediera, en efecto el art. 71 dispone:

"1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones".

Nótese, por otro lado, que la Convención no exime al vendedor del cumplimiento cuando circunstancias imprevisibles han alterado la ecuación económica, tornando excesivamente onerosa la obligación, es decir no recepta la llamada teoría de la imprevisión.

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. No podrá exceder lo previsto por la parte incumplidora o lo que ésta debió haber previsto (artículo 74). La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento (art. 77).

Los artículos subsiguientes regulan el derecho a percibir intereses, las causales de falta de cumplimiento así como los efectos de la resolución del contrato (arts. 78 a 84) y la conservación de las mercaderías (arts. 85 a 88). Concluye con las disposiciones finales (arts. 89 a 101).

11.2. Incoterms

Los INCOTERMS son los términos utilizados en el comercio internacional para establecer las obligaciones y riesgos que asumen el vendedor y el comprador y comprenden una serie de normas estrictas que delimitan, para cada posibilidad, las obligaciones de las partes, por su sola inclusión en el contrato. Fundamentalmente rigen el lugar de entrega y la transmisión del riesgo.

Este vocablo procede de la denominación en inglés, *International Commercial Terms*. Los Incoterms fueron establecidos por primera vez en el año 1936 por la Cámara de Comercio Internacional y apuntan a limitar la diversidad de interpretaciones que pueden darse en diferentes países a los términos empleados en los contratos de compraventa. Los términos de venta internacional son modificados periódicamente y la última versión son los Incoterms 2014.

A los fines de su mejor comprensión los Incoterms éstos pueden agruparse en cuatro categorías diferentes, en función de las obligaciones del vendedor:

A) El Grupo "E" es el de menor obligación para el vendedor, obligándose a poner las mercancías a disposición del comprador en el lugar indicado. Comprende:

B) El Grupo "F" requiere que el vendedor entregue las mercaderías para el transporte de acuerdo a las indicaciones del comprador.

El comprador contrata y paga el transporte. El vendedor se obliga a entregar la mercadería al transportista designado por la otra parte.

C) El "Grupo C", requiere que el vendedor contrate y pague el transporte principal, en tanto que los riesgos de pérdida o daño de la mercancía y los costes adicionales ocurridos después de la entrega corresponden al comprador.

Nótese que el momento de entrega y, por tanto, el de transmisión del riesgo al comprador es el mismo que en el grupo anterior.

D) El "Grupo D" implica que el vendedor asume la totalidad de riesgos y costes hasta la entrega de la mercancía en el lugar o punto de destino convenido en la frontera o dentro del país.

Por ello, se las denomina también "cláusulas de arribo", pues la obligación del vendedor es procurar que la mercadería llegue a destino.

Veamos cada uno de los términos:

EXW (Ex-works, ex-factory, ex-warehouse, ex-mill)

El vendedor ha cumplido su obligación de entrega al poner la mercadería en su fábrica, taller, etc. a disposición del comprador. No es responsable ni de cargar la mercadería en el vehículo proporcionado por el comprador ni de despacharla de aduana para la exportación, salvo acuerdo en otro sentido. El comprador soporta todos los gastos y riesgos de retirar la mercadería desde el domicilio del vendedor hasta su destino final.

FCA (Free carrier - Franco Transportista - libre transportista)

El vendedor cumple con su obligación al poner la mercadería en el lugar fijado, a cargo del transportista, luego de su despacho de aduana para la exportación. Si el comprador no ha fijado ningún punto específico, el vendedor puede elegir dentro de la zona estipulada el punto donde el transportista se hará cargo de la mercadería. Este término puede usarse con cualquier modo de transporte, incluido el multimodal.

FOB (Free on Board - Libre a bordo)

Va seguido del puerto de embarque, ej. F.O.B. Buenos Aires. Significa que la mercadería es puesta a bordo del barco con todos los gastos, derechos y riesgos a cargo del vendedor hasta que la mercadería haya pasado la borda del barco, con el flete excluido. Exige que el vendedor despache la mercadería de exportación. Este término puede usarse solamente para el transporte por mar o vías acuáticas interiores.

FAS (Free alongside ship - Libre al costado del buque)

La abreviatura va seguida del nombre del puerto de embarque. El precio de la mercadería se entiende puesta a lo largo (costado) del navío en el puerto convenido, sobre el muelle o en barcas, con todos los gastos y riesgos hasta dicho punto a cargo del vendedor. El comprador debe despachar la mercadería en aduana. Este término puede usarse solamente para el transporte por mar o vías acuáticas interiores.

CFR (Cost & Freight - Costo y Flete)

La abreviatura va seguida del nombre del puerto de destino. El precio comprende la mercadería puesta en puerto de destino, con flete pagado pero seguro no cubierto. El vendedor debe despachar la mercadería en Aduana y solamente puede usarse en el caso de transporte por mar o vías navegables interiores.

CIF (Cost, Insurance & Freight - Costo, Seguro y Flete)

La abreviatura va seguida del nombre del puerto de destino y el precio incluye la mercadería puesta en puerto de destino con flete pagado y seguro cubierto. El vendedor contrata el seguro y paga la prima correspondiente. El vendedor sólo está obligado a conseguir un seguro con cobertura mínima.

CPT (Carriage paid to - Transporte Pagado Hasta)

El vendedor paga el flete del transporte de la mercadería hasta el destino mencionado. El riesgo de pérdida o daño se transfiere del vendedor al comprador cuando la mercadería ha sido entregada al transportista. El vendedor debe despachar la mercadería para su exportación.

CIP (Carriage and Insurance Paid to - Transporte y Seguro pagados hasta)

El vendedor tiene las mismas obligaciones que bajo CPT, pero además debe conseguir un seguro a su cargo.

DAF (Delivered at Frontier - Entregado en frontera)

El vendedor cumple con su obligación cuando entrega la mercadería, despachada en aduana, en el lugar convenido de la frontera pero antes de la aduana fronteriza del país colindante. Es fundamental indicar con precisión el punto de la frontera correspondiente.

DES (Delivered ex Ship - Entregada sobre buque)

El vendedor cumple con su obligación cuando pone la mercadería a disposición del comprador a bordo del buque en el puerto de destino, sin despacharla en aduana para la importación.

DEQ [Delivered ex Quay (Duty Paid) - Entregada en muelle (derechos pagados)]

El vendedor cumple con su obligación cuando pone la mercadería a disposición del comprador sobre el muelle en el puerto de destino convenido, despachada en aduana para la importación.

DDU (Delivered Duty Unpaid - Entregada derechos no pagados)

El vendedor cumple con su obligación cuando pone la mercadería a disposición del comprador en el lugar convenido en el país de importación. El vendedor asume todos los gastos y riesgos relacionados con la entrega de la mercadería hasta ese sitio (excluidos derechos, cargas oficiales e impuestos), así como de los gastos y riesgos de llevar a cabo las formalidades aduaneras.

DDP (Delivered Duty Paid - Entregada derechos pagados)

El vendedor asume las mismas obligaciones que en D.D.U. más los derechos, impuestos y cargas necesarias para llevar la mercadería hasta el lugar convenido.

12. COMPRAVENTA DE TÍTULOS VALORES

Este contrato tiene como peculiaridad, que el objeto del mismo son títulos, por lo cual la materia sobre la que recae el acuerdo no sería el papel, de casi nulo valor económico, sino los derechos que él representa.

Debemos recordar que de conformidad con el art. 1124 CCC la noción de contrato de compraventa comprende aquellos acuerdos por los cuales una parte se obliga a transferir la titularidad de títulos valores por un precio en dinero.

El régimen legal de los títulos valores lo encontramos en las disposiciones del capítulo 6, Título V Otras fuentes de las obligaciones, Libro III Derechos personales (ver arts. 1815 y sigtes. CCC).

Cabe advertir que los títulos valores a la orden —creado a favor de persona determinada— se transfieren mediante endoso; aquellos en los que se incorpora la cláusula "no a la orden" o equivalentes, la transferencia debe hacerse conforme con las reglas de la cesión de derechos, y tiene los efectos propios de la cesión (conf. art. 1838 CCC).

En cuanto a las acciones, en principio, son de libre transmisibilidad, tal cual surge de la [ley 19.550](#); puede ser limitada estatutariamente mas no prohibida a tenor de lo normado por el art. 214 de dicha norma legal. En efecto, *"la limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos"*.

Por su parte, el art. 215 del mismo cuerpo normativo dispone: "La transmisión de las acciones nominativas o escriturales y de los derechos reales que las graven debe notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción.

En el caso de acciones escriturales, la sociedad emisora o entidad que lleve el registro cursará aviso al titular de la cuenta en que se efectúe un débito por transmisión de acciones, dentro de los diez (10) días de haberse inscripto, en el domicilio que se haya constituido; en las sociedades sujetas al régimen de la oferta pública, la autoridad de contralor podrá reglamentar otros medios de información a los socios". Al respecto, corresponde atenerse a la ley 17.811 y normas complementarias.

"Las acciones endosables se transmiten por una cadena ininterrumpida de endosos y para el ejercicio de sus derechos el endosatario solicitará el registro".

Asimismo, la compraventa de acciones está expresamente contemplada en la Convención de Viena (art. 2 inc. d).

A su vez, la compraventa de acciones debe ser distinguida de la suscripción de las mismas, pues en tal caso es la misma sociedad la que entrega los títulos y no lo hace a un precio fijo sino el que resulte de las condiciones de emisión de conformidad a lo normado por los arts. 186 y 202 de la ley de sociedades (19.550).

El contrato de suscripción de acciones está regulado en los arts. 165, 172, 173, 194, 197, 202 y concordantes de la [ley 19.550](#).

CAPÍTULO XVI - PERMUTA. CON LA COLABORACIÓN DE GERALDINE DRESDNER Y CARLOS MARTÍN DEBRABANDERE

1. NOCIÓN

La permuta es, probablemente, el primer acuerdo realizado por el ser humano para adquirir cosas, cambiando lo que él tenía y eventualmente le sobraba, por otro objeto que le era escaso.

Sin embargo, la afirmación previa no implica negar que, como operación jurídica, en el Derecho romano, la compraventa obtuvo primero en el tiempo su reconocimiento como contrato típico. Así, la permuta fue relegada a los atípicos como un supuesto del *do* para que des o lo que es lo mismo *du ut des*.

En el Derecho romano clásico, sólo se podía pedir la entrega de la cosa copermutada porque ya se había entregado la otra, mediante la *actio praescriptis verbis*, e incluso el copermutante conservaba el derecho de reclamar lo oportunamente entregado, mediante la denominada *condictio causa data causa non secuta*.

Ha resultado asimismo de gran utilidad en nuestro país durante las décadas del '50 y del '60, cuando luego de la sanción de la ley de la propiedad horizontal (Nº 13.512), se dio un auge constructivo y era común que el dueño de un terreno o de una casa los transfiriera a una empresa constructora, la cual efectuaba la demolición y construía en el solar un edificio y se obligaba a transferir al propietario del fundo la titularidad de determinados departamentos.

2. ANTECEDENTES

En el Código de Hammurabi, se expresa con referencia al contrato de permuta: "41.- Si un señor adquiere por cambio el campo, el huerto o la casa de un oficial, un especialista (militar) o un recaudador de impuestos recobrará su campo, su huerto o casa; conservará además el pago adicional que le fue hecho"; en realidad, esta ley contempla el supuesto de un cambio o permuta entre los bienes de un hombre libre (*awilum*) y los bienes feudales de un funcionario (*redum, ba'irum, nashi biltim*).

La permuta respondía a la necesidad de las personas de intercambiar bienes, recurriendo al "inter - cambio" de éstos, hasta tanto no surgió un denominador común que permitiera fijarle a la cosa permutada un valor objetivo que pudiera ser representado por un elemento que se intercambiara.

Así, surgió primero el ganado (en latín *Pecus*, de donde proviene *Pecunia*), luego los metales preciosos, y tiempo más tarde los mismos metales preciosos con un valor predeterminado, es decir, los metales "acuñados", o "la moneda". Con el surgimiento de la moneda, que nos permite dar un valor a una cosa, se

constituye uno de los elementos esenciales del contrato de Compraventa: el precio en dinero. Con el surgimiento de la moneda, entonces, la permuta o contrato de trueque fue siendo desplazado.

3. DENOMINACIÓN

El Código Civil y Comercial, denomina al contrato en comentario como permuta, mientras que se lo conocía en el Código Civil ([ley 340](#)) como permuta, permutación, trueque, cambio o cambios.

4. METODOLOGÍA

Consideramos que el nuevo Código mejora metodológicamente su tratamiento, pues en la actualidad se lo regula después de la cesión de derechos, cuando debió lógicamente ser tratado con posterioridad a la compraventa, como lo hace el Código Civil y Comercial que es el criterio adoptado por la generalidad.

5. DEFINICIÓN

Conforme el art. 1172 del CCC se establece que: "Hay permuta si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero".

Cabe recordar que en el art. 1485 del CC ([ley 340](#)) se exponía que: "El contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa".

6. CARACTERES

Debemos mencionar los siguientes:

- a) *Bilateral*. Pues, las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.
- b) *Conmutativo*. Toda vez que las ganancias y/o eventuales pérdidas se presumen razonablemente conocidas por las partes al momento de la celebración del negocio.
- c) *Oneroso*. En tanto que la ventaja otorgada por una de las partes —obligarse a transferir el dominio de una cosa—, lo es teniendo en cuenta que la otra se obliga a transferirle otro objeto material.
- d) *No formal*. En principio, salvo excepciones, como la prevista en el inc. a del art. 1017 del CCC.

e) *Nominado*. Toda vez que el Código Civil y Comercial le atribuye un nombre y regulación legal.

7. COMPARACIÓN CON FIGURAS AFINES

7.1. Con la compraventa

En el contrato de permuta existe cambio de una cosa por otra, mientras que en la compraventa, por la transmisión del dominio de un bien material surge obligación de entregar una suma de dinero.

7.2. Con la donación mutua

Las donaciones mutuas son aquéllas que dos o más personas se hacen recíprocamente y en un solo y mismo acto. Si bien la similitud parece innegable, en esta particular donación existen dos contratos mientras que en la permuta sólo uno. La donación es gratuita y la permuta onerosa. En este último caso se entiende que entre las prestaciones existe cierta identidad o uniformidad mientras que el valor de lo donado no tiene por qué tener correlato entre una cosa y otra. Finalmente, en la donación existe *animus donandi* (ánimo de beneficiar a otro) aspecto que no se presenta en la permuta.

8. OBJETO

El nuevo texto limita el contrato a la transferencia del dominio de cosas, prohibiendo que su objeto sea dinero.

En este último sentido, cabe precisar que al tener la moneda extranjera el carácter de dinero, hemos opinado que el negocio jurídico que involucra el intercambio de tipos de monedas tampoco es una permuta, sino a lo sumo una conversión de diversos signos monetarios que nunca dejan de ser dinero.

Con relación al objeto, remitimos al lector al objeto de la compraventa con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

8.1. Operaciones mixtas. Dominio y propiedad

Se ha discutido qué ocurría cuando en un contrato se intercambiaba una cosa material por otra más una suma de dinero, pues, en el último supuesto, hay una prestación mixta. Conforme el texto referido del art. 1172, desaparecerá la duda que se presentaba a la luz del antiguo Código Civil.

Por último llama poderosamente la atención, y tal vez demuestre disímil pluma, que en la nueva legislación se define la compraventa utilizando la expresión "propiedad" (art. 1123 del CCC) mientras que en la permuta se recurra al término "dominio", este último más preciso y ajustado desde el punto de vista técnico.

9. CAUSA

La causa genérica del contrato en cuestión estriba en el cambio de la propiedad de las cosas. Esta causa general va a cumplir una importante función calificadora del contrato para diferenciarlo, entre otros, de las donaciones mutuas, tal cual ya lo hemos visto precedentemente.

Como bien afirma CARNELUTTI, tanto la compra y venta como la permuta son típicos contratos de cambio, puesto que tienden a realizar la transferencia definitiva, no temporal, de un bien de uno de los contratantes al otro.

Pero además de esta finalidad general, pueden existir un gran número de razones particulares para realizar el acto. Cuando estos motivos determinantes son compartidos, adquieren también el carácter de causa. Nuevamente remitimos a la compraventa respecto de lo expuesto con relación a este elemento esencial.

10. EFECTOS

10.1. La conservación y la entrega de la cosa

Como hemos dicho precedentemente, una de las principales obligaciones de los copermutantes consiste en conservar y entregar a la otra parte las respectivas cosas objeto del contrato de trueque y que, por aplicación de lo normado por el art. 1175 del CCC, resulta aplicable la legislación de la compraventa.

10.2. Garantía de evicción

En el Código Civil y Comercial se establece en el art. 1174 que: "El permutante que es vencido en la propiedad de la cosa que le fue transmitida puede pedir la restitución de la que dio a cambio o su valor al tiempo de la evicción, y los daños. Puede optar por hacer efectiva la responsabilidad por saneamiento prevista en este Código".

La norma citada es sustancialmente similar al art. 1489 del Código Civil ([ley 340](#)), con una expresa remisión a lo normado sobre saneamiento o, lo que es lo mismo, al art. 1039 del CCC que dispone que se podrá reclamar la restitución de lo entregado, el saneamiento del título, un bien equivalente, si fuese fungible o la resolución contractual. Únicamente, hemos de advertir que no aparece como tal la opción de pedir el valor de la cosa recibida.

Cabe tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1044 CCC, la evicción se produce cuando ocurre la turbación.

10.3. Vicios redhibitorios

Siendo la permuta un contrato oneroso va a existir, de parte de cada copermutante hacia el otro, la responsabilidad por los vicios redhibitorios.

10.4. Gastos del contrato

Con relación a los gastos del contrato, el art. 1173 del CCC dispone que son soportados por partes iguales, excepto pacto en contrario. Es una solución lógica, ya sostenida con anterioridad y que surge de la obligación recíproca de entrega. Se refiere la norma a las erogaciones que se efectúen para entregar cada una de las cosas permutadas y los que se originen en la obtención de los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la transferencia; si se tratare de inmuebles, se entienden comprendidos los gastos del estudio del título y sus antecedentes y, en su caso, los de mensura y los tributos que graven la transferencia (conf. arts. 1138 y 1137 CCC).

11. REMISIÓN

Por último, el Código unificado en su art. 1175, en todo lo no previsto remite a la compraventa, lo cual es una solución lógica y ya existente en el antiguo art. 1492 del Código Civil ([ley 340](#)).

La remisión comentada, nos conduce, entre otros aspectos, a considerar el elemento forma, especialmente en razón de lo dispuesto por el art. 1170 del CCC con respecto al boleto de compraventa de inmuebles que exponemos a continuación.

12. UN SUPUESTO PARTICULAR: LOS BOLETOS DE PERMUTA

Tal como hemos puntualizado en el capítulo que antecede, cabe referir que el contrato de compraventa de inmuebles es formal relativo, pues la ley exige la escritura pública salvo en el caso de la subasta, de acuerdo al inc. a) del art. 1017 del CCC.

En tal sentido, es común que las partes, antes de realizar la escritura pública, celebren un documento privado denominado boleto de compraventa o de permuta. Así lo hacen, ya que en muchos casos no está redactado aún el reglamento de copropiedad y administración del inmueble adquirido o no se han obtenido todavía los certificados de obligaciones *propter rem* que pesan sobre la finca.

Consideramos asimilable el boleto de permuta al de compraventa, por lo que haremos valer idénticos comentarios, a salvo de las particularidades de cada contrato.

Realizado entonces el boleto, nadie duda que en virtud de éste y por aplicación de lo normado por el art. 969 del CCC, se pueda demandar la escrituración. No obstante, con el objeto de no resultar reiterativos remitimos a lo analizado con relación al boleto en el capítulo del contrato de compraventa.

CAPÍTULO XVII - SUMINISTRO. CON LA COLABORACIÓN DE MARÍA LUZ PAPAVERO

1. ETIMOLOGÍA Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Etimológicamente, la expresión "suministro" proviene del latín "*subministraere*" y significa "servir: *ministrare*", "bajo: *sub*", o sería correcto decir "*servir bajo las órdenes de...*"; más modernamente: proveer de lo necesario. En igual sentido, la palabra "abastecimiento" debe ser entendida como el acto de dar lo bastante —suficiente— para que otro así subvenga a sus necesidades.

A su vez la denominación de este contrato en otros sistemas jurídicos nos permiten identificar la figura: en Italia se habla de "*fornitura o sumministrazione*", y en los países del common law de "*adjudication of suply*" (*to supply*).

Como antecedentes remotos podemos señalar el aprovisionamiento de víveres y vestidos al ejército romano, así como la ejecución del mantenimiento de las grandes obras de la edad republicana (calzadas, acueductos, etc.), y los servicios públicos de Roma.

En los países germánicos su antecedente remoto fue la denominada "*Vorkoft*", cuya característica fundamental era que la adquisición por el vendedor —suministrante— de las mercancías necesarias para poder dar cumplimiento al negocio principal era posterior a la celebración del contrato. Los casos más frecuentes eran los de contratación de mercancías que no habían llegado al mercado, se hallaban en las naves o, desembarcadas, no habían entrado en la ciudad.

Junto a la *Vorkoft*, aparece como antecedente del suministro, la venta con riesgo marítimo, en la que el álea era del enajenante, lo que representa una característica propia del suministro. También los contratos sobre títulos que preceden a los modernos contratos de bolsa. En éstos, el punto de apoyo del negocio es precisamente el suministro en el concepto de la época, por no ser necesaria la presencia y disponibilidad de los títulos, lo que permitía la especulación con cosas ajenas (DE MARINO).

2. CONCEPTO

2.1. Derecho comparado

Con relación a la evolución legislativa, encontramos un desarrollo independiente de los Derechos Latinos y Anglosajones, con respecto al suministro.

Así, y en cuanto al Derecho latino, tanto en el Derecho español como en el italiano y francés carecemos en los primeros tiempos de normas que lo regulen.

En Francia, aparece en el *Code de Commerce* con la denominación "*entreprise des fournitures*", sometiéndolo a las jurisdicción mercantil con la finalidad de sustraerlo a los tribunales administrativos; se menciona el suministro como mercantil sin después regularlo por comprenderlo en la venta. En el mismo sentido en Código Italiano de 1865, careciendo de normas específicas sobre el contrato, declaro acto de comercio, en su art. 3º, a los realizados por las empresas de suministro.

El Derecho Italiano evolucionó hasta desembocar en el Código Unitario de 1942 que lo regula específicamente en el capítulo V del Libro IV, con una noción restringida: "el suministro es el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas" (art. 1559).

En España, la Ley del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de Bienes, del 21/03/58, en el art. VIII, lo define como "aquel por cuya virtud una persona se obliga a entregar a otra, mediante precio en dinero o signo que lo represente en plazos sucesivos y cuantía que, condicionada a las necesidades del adquirente, no puede fijarse de antemano más que en términos sujetos a rectificación, una pluralidad de objetos muebles unidades métricas de agua, gas, electricidad u otras cosas susceptibles de ser pesadas, medidas o contadas".

Por otra parte, en el Derecho Anglosajón encontramos que el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de Norteamérica, en su art. 2º, sección 306, sin regular en forma directa e integral el contrato en estudio, dispone que los "*requirement contracts*" deben interpretarse y cumplirse de buena fe y no podrá demandarse en su cumplimiento ninguna cantidad superior a la estimada en el acuerdo y si no hubiera sido estipulada, no podrá exigirse entrega que pudiera considerarse irrazonable o desproporcionada debiendo el suministrante o proveedor usar su mejores esfuerzos y lealtad en el cumplimiento de su obligación.

En Latinoamérica regulan a este contrato el Código de Comercio de Colombia (arts. 968 a 980), el Código de Comercio de Guatemala (arts. 707 a 712), el Código de Comercio de Honduras (art. 793 a 803), y el Código de Comercio de Perú (Dec. Legislativo 295 - 24/07/1984 - Título III, arts. 1604 a 1620).

2.2. Proyectos de reforma

Una especial mención merecen los conceptos formulados por los proyectos de modificación de los códigos de fondo, ya que han sido (en particular, el del año 1998) fuentes consultadas por la Comisión Reformadora, cuya labor culminó en la [ley 26.994](#).

En esa dirección, cabe tener presente que el art. 1361 del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial Argentina de 1987 dice: "Denominase suministro al contrato por el cual una parte se obliga a entregar cosas a la otra en forma periódica o continuada, y ésta a pagar un precio por ella".

Y el Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 1110, expresa: "Suministro es el contrato en que el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas".

2.3. Jurisprudencia

Se ha dicho: "El suministro es el contrato por el cual una de las partes se obliga frente a la otra al cumplimiento de determinadas prestaciones, durante un término —determinado o indeterminado— por un precio fijado o a fijarse" (CNCCom., Sala E, "Marriot Argentina S A c. Ciccone Hermanos y otra", 30/03/89, La Ley, 1989-D, 431; DJ, 1989-2-946).

2.4. Definición legal

Según el art. 1176 del CCC, "suministro es el contrato por el cual el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas".

3. FUNCIÓN DE ESTE CONTRATO. IMPORTANCIA

La razón de ser del suministro está en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica de las necesidades constantes de la vida moderna, que sería aleatorio y antieconómico satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento en que surgiese una necesidad. Ello acarrearía dos problemas: a) el de la inseguridad con respecto al contrato mismo, ya que dependería de la posesión de bienes del vendedor y de la disposición de éste de venderlos, y b) el de la fijación de precios si éstos habían de fijarse cada vez que se realice el contrato aislado.

El empresario suministrante asegura, mediante este contrato, la colocación de su producción, quedando a cubierto de la falta de proveedores interesados, además de otros beneficios como pueden ser la reducción de costos administrativos y el menor número de personal ocupado en estas áreas; el suministrado, el aprovisionamiento de modo seguro, estable o permanente, protegiéndose de la carencia de esos elementos, y "dado que la mecánica del suministro está caracterizada particularmente por la prestación de un servicio a cargo del suministrante para posibilitar la entrega de las cosas, el abastecido también se ve librado de todo el hacer que supone procurarse esas cosas" (BATÁN).

La multiplicidad de ejemplos de la vida comercial actual, su habitualidad en la realidad económica y notable trascendencia social, justifican su importancia. Basta señalar que se trata de uno de los indispensables contratos de empresas, que persigue nada menos que el propósito de asegurar el aprovisionamiento de materias prima, mercaderías y productos imprescindibles para la continuación de la producción, energía, etc., es decir, que garantiza la disponibilidad constante de recursos a los agentes económicos.

Por último tengamos en cuenta que este contrato evita al suministrado el esfuerzo de acumular productos o materias primas con la importante inmovilización de fondos que implica. El suministrante en este contrato es quien carga con el esfuerzo del *stock*. El suministrado es quien se obliga a requerirlo en alguna oportunidad.

4. CARACTERES

4.1. Consensual

El contrato de suministro se perfecciona con el simple consentimiento, generándose el derecho a exigir la entrega de los bienes objeto del contrato, pues el acuerdo no implica por sí solo la transferencia de la propiedad, o del uso o goce.

4.2. No formal

A pesar de que la ley no impone solemnidad alguna para esta figura contractual, la doctrina ha señalado que es casi imprescindible la existencia de un acuerdo por escrito para asegurar los derechos y las obligaciones de las partes. En definitiva, la forma escrita resultará conveniente para la prueba del contrato.

4.3. Conmutativo

De acuerdo al art. 968 CCC, un contrato será conmutativo cuando las ventajas para todos los contratantes sean ciertas, es decir, no dependan de un acontecimiento incierto. Precizando más el concepto, podemos decir que lo es cuando versa sobre prestaciones ciertas y determinadas, y por lo tanto, no está sujeto a riesgo, aunque el resultado económico no esté asegurado o sea incierto.

4.4. Bilateral y oneroso

Por el contrato de suministro las partes se obligan recíprocamente, la una hacia la otra (art. 966 del CCC).

Estamos también ante un contrato oneroso en tanto procura ventajas para ambas partes contratantes, y la prestación de una de las partes no es concedida sino por una prestación a que ella a su vez esté obligada (art. 967 del CCC).

Consecuencia de ello es la obligación de saneamiento (conf. art. 1033 CCC).

4.5. Contrato de duración

El suministro tiene vocación de producir efectos por un lapso más o menos prolongado, que puede estar o no determinado en el acuerdo.

Este contrato viene esencialmente caracterizado por la periodicidad o continuidad de las prestaciones convenidas, para el cumplimiento de su finalidad.

4.6. Intuitu personae

El suministro es un contrato *intuitu personae*, porque se busca al suministrante en relación de determinadas cualidades y condiciones que lo hacen idóneo para satisfacer plenamente la prestaciones requeridas por el suministrado (MESSINEO).

Para el suministrante se trata de una verdadera organización de trabajo (manipulación, distribución, embalaje, transporte, etc.), esencial para asegurar la entrega misma en tiempo y forma, lo cual ha llevado a algunos a sostener que el suministrado entiende también obtener un servicio.

5. COMPARACIÓN CON EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La compraventa es un contrato de cambio, en el cual el vendedor debe entregar la cosa y, a su vez, el comprador debe pagar su precio.

Explica FARINA que en el suministro, la perfección del contrato no crea a cargo del suministrante la obligación de entregar bienes, sino la obligación de atender los pedidos del suministrado, asumiendo típicamente una obligación de suministrar o proveer.

Dicho de otro modo, en el suministro la obligación no se cumple *uno acto* sino que se prolonga a través del tiempo en entregas periódicas o continuadas (GARRIGUES); siendo ésta la diferencia entre el contrato de compraventa con entrega periódica y el suministro. En aquél la periodicidad es una modalidad de la ejecución; en cambio, en éste nos hallamos ante un elemento estructural de la figura (TURRIN).

La distinción entre ambas figuras presenta especial interés en el caso de la compraventa inmobiliaria a plazo o por cuotas:

a) El suministro es un contrato de duración cuyas notas principales son la continuidad de las prestaciones debidas, mientras que en la compraventa sujeta a las modalidades señaladas existe un único objeto a cargo del comprador que se fracciona para su ejecución en distintos momentos. Es decir, que la periodicidad está en la etapa de ejecución del contrato, como modalidad, no siendo un elemento estructural de la compraventa.

b) En el suministro puede existir una indeterminación en cuanto a la duración del contrato, lo que consecuentemente influirá en la cantidad de cosas a proveer y en el precio a pagar por ellas, es decir, que las prestaciones singulares (periódicas) de ordinario quedan sujetas al nivel de las necesidades del suministrado. En cambio, en la compraventa a plazo el total de las cuotas se encuentra perfectamente determinado *ab initio*.

c) La mecánica del suministro está caracterizada no solo por la entrega de bienes, sino también muy especialmente por la importancia de la actividad del suministrante dirigida a proveer esos bienes.

6. ELEMENTOS

6.1. Partes

Son partes de este contrato:

- a) El suministrante, o sea, el que debe proporcionar los bienes en forma periódica;
- b) El suministrado, esto es, el acreedor de esa prestación y deudor del precio convenido.

Ambas pueden ser tanto personas físicas como jurídicas.

6.2. Objeto

Pueden ser objeto del contrato de suministro los bienes y los servicios (sin relación de dependencia).

El objeto debe estar determinado en el acuerdo que se celebre.

Sin embargo, pueden darse supuestos en los que las partes al contratar hayan omitido fijar la cantidad a suministrar o determinado solo un máximo y un mínimo.

Siendo el contrato de suministro un contrato de duración, conlleva en su esencia una indeterminación en cuanto a su contenido económico total, ya que las partes no sabrán de antemano cual será el volumen total de las operaciones a realizar.

Al respecto, el art. 1178 CCC dispone: "Si no se conviene la entidad de las prestaciones a ser cumplidas por el suministrante durante períodos determinados, el contrato se entiende celebrado según las necesidades normales del suministrado al tiempo de su celebración. Si sólo se convinieron cantidades máximas y mínimas, el suministrado tiene el derecho de determinar la cantidad en cada oportunidad que corresponda, dentro de esos límites. Igual derecho tiene cuando se haya establecido solamente un mínimo, entre esta cantidad y las necesidades normales al tiempo del contrato". Y el art. 1179 CCC: "Si las cantidades a entregar en cada período u oportunidad pueden variarse, cada parte debe dar aviso a la otra de la modificación en sus necesidades de recepción o posibilidades de entrega, en la forma y oportunidades que pacten. No habiendo

convención, debe avisarse con una anticipación que permita a la otra parte prever las acciones necesarias para una eficiente operación".

La solución coincide con la del código Civil Italiano (art. 1560, primer apartado), que deja, para el caso de controversia, librada la solución a la apreciación de hecho —de naturaleza técnica— dirigida a establecer en qué cantidades se traduce esa necesidad normal.

En conclusión, la entidad de las prestaciones la determina la necesidad del suministrado; pero eso tiene sus límites en la capacidad de suministro que tiene el suministrante, en las posibilidades económicas del suministrado y en la eventual existencia de un pacto sobre la cantidad mínima o máxima que pueda requerir este último.

6.3. Precio

El precio también conforma el objeto de este contrato y es la contraprestación debida por el suministrado a las entregas periódicas o continuadas efectuadas por el suministrante o proveedor.

En cuanto a su determinabilidad y tiempo de cumplimiento, el Código Civil y Comercial, en su art. 1181, contempla:

a) Ante todo, que exista una convención establecida por las partes al momento de la celebración.

Sin embargo, este artículo establece que ante la falta de convención o uso en contrario:

b) Se determina según el precio de prestaciones similares que el suministrante efectúe en el tiempo y lugar de cada entrega, si la prestación es de aquellas que hacen a su giro ordinario de negocios o modo de vida;

c) En su defecto, se determina por el valor corriente de plaza en la fecha y lugar de cada entrega;

d) Debe ser pagado dentro de los primeros diez días del mes calendario siguiente a aquel en que ocurrió la entrega.

6.4. Duración

La característica primordial del contrato de suministro es la continuidad o periodicidad porque el interés de las partes reside, precisamente en que la ejecución del contrato se prolongue a lo largo del tiempo, justamente en virtud de que las prestaciones del suministrante responden a una necesidad estable del suministrado.

Lo dicho significa que el contrato no cumple su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo; la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en estos contratos no consiste en asegurar a las partes una prestación única aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continua.

En ese sentido, se ha expresado que se establece una base comercial duradera en el tiempo, en interés común de los contratantes y se afecta parcial o totalmente la organización empresarial en función de la actividad y de la duración de dicha actividad, importando su duración un valor económico" (TURRIN).

La periodicidad o continuidad es esencialmente querida por las partes en busca de la satisfacción de su finalidad; se persigue la duración, pues solo así se puede lograr atender el interés estable que motiva la contratación; es en tal entendimiento que se acude a esta figura contractual y no a otra.

Tan es así que el art. 1180 CCC estipula que el término del contrato, sea convencional o legal, se presume establecido en interés de ambas partes, salvo pacto en contrario.

Por su parte, el art. 1177 CCC fija el plazo máximo de veinte años, para el caso de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él (la provisión de malta para una fábrica de cerveza), y de diez años para el resto de los casos. El plazo máximo se computa a partir de la primera entrega.

6.5. Elementos accidentales

Pacto de exclusividad

La cláusula de exclusividad es un elemento accidental del contrato de suministro y como tal debe estar expresamente estipulada por las partes. Para que dicha cláusula tenga vigencia, deberá referírsele a una zona geográfica determinada y a un mismo objeto; no estando limitada en el tiempo será exigible hasta el vencimiento del término contractual; y si el contrato es de plazo indeterminado, cada parte puede denunciarla en cualquier momento, como si la hubiesen supeditado a una condición puramente potestativa.

Se trata de una herramienta que consiste en privar a los contratantes de la posibilidad de tener determinada mercadería; o bien sustraer a los concurrentes un posible adquirente.

Dice MESSINEO que puede pactarse en el contrato que la exclusividad sea a favor del suministrante, del suministrado, o bien de ambas partes. Cuando la exclusividad se establece a favor del suministrante, implica que el suministrado está obligado a proveerse de lo que constituye el objeto del suministro, únicamente acudiendo al suministrante; cuando se establece a favor del suministrado esto importa que, en el ámbito territorial (o zona) donde éste opera el suministrante no puede proporcionar a otro (que no sea el suministrado) ni directa ni indirectamente (o sea, por interpuesta persona), lo que constituye objeto del suministro.

Pacto de preferencia

Como otro posible elemento accidental, en este tipo de contratos es usual establecer el pacto de preferencia. Habitualmente a favor del suministrante, el suministrado se obliga a preferir, a paridad de condiciones, al primero en la estipulación de un nuevo contrato de suministro por el mismo o similar objeto.

En función de ello, el art. 1182 del CCC establece que la duración de la obligación que surge de este pacto no puede ser superior a tres años.

El mencionado artículo contempla la posibilidad de que una de las partes decida contratar con terceros, reemplazando total o parcialmente el contrato anterior. Si el plazo ha expirado (o está próximo a hacerlo), deberá dar aviso a la otra de las condiciones en que proyecta contratar con terceros, en la forma y condiciones pactadas en el contrato. Asimismo, la otra parte debe hacer uso de la preferencia, haciéndolo saber según lo acordado.

Si el contrato no lo prevé, se aplicarán las formas y condiciones de uso. En su defecto, una parte debe notificar por medio fehaciente las condiciones del nuevo contrato con una antelación de treinta días a su terminación y la otra debe hacer saber por igual medio si ejercerá el derecho que le otorga el pacto de preferencia dentro de los quince días de recibida la notificación. En caso de silencio de esta última, expirará su derecho de preferencia.

7. CLASES DE SUMINISTRO

En función de la finalidad a satisfacer, condicionadas obviamente por la necesidad del suministrado, podemos señalar diversas clases de suministro:

Enajenación: Los bienes pasan a ser propiedad del suministrado, en la misma cantidad que han sido entregados (ej.: ropas, comestibles, materias prima).

Consumo: Las cosas son puestas a disposición del suministrado, quien se apropia de ellas, o no, y en caso afirmativo lo hace en la cantidad que él decida (ej.: gas, electricidad, agua corriente). Incluye los casos de servicios a consumidores.

Arrendamiento: La cosa no es entregada en propiedad sino para ser utilizada por el suministrado según su voluntad, tal como estaría facultado como locatario (vestuario para representaciones teatrales). Incluye la prestación de servicios no dependientes.

Uso: hipótesis similar a la anterior, pero con destino a una única y concreta utilización de los bienes.

8. EFECTOS

8.1. Derechos y obligaciones de las partes

Cierto es que la producción de los efectos normales, esto es, el cumplimiento espontáneo de las obligaciones de las partes, adquiere especial relieve, atento a la nota esencial de necesidad que caracteriza al contrato.

De allí la importancia de regir los derechos y obligaciones de las partes, mediante disposiciones que aseguren el mantenimiento del contrato y muy en particular su ejecución en especie, única forma de cumplimiento apta para satisfacer el interés del suministrado. La cuestión reviste suma relevancia práctica porque el contrato de suministro, por su esencia, puede generar el problema de que el suministrante no cuente con toda la cantidad de cosas cuya entrega ha prometido a diferentes suministrados.

8.2. Obligaciones del suministrante

- a) Realizar las prestaciones continuadas o periódicas en la forma establecida, esto es, en el tiempo, cantidad, calidad, y lugar acordado; en defecto de ello, según fuera la naturaleza del acuerdo;
- b) Prestar los servicios necesarios para la entrega de los bienes prometidos;
- c) Deber la garantía de saneamiento, en tanto es responsable por la calidad y según el caso, el buen funcionamiento de los efectos suministrados.
- d) Dar aviso a la otra parte de toda variación en sus posibilidades de entrega, con una anticipación que permita a ésta tomar las decisiones necesarias para una eficiente operación.

8.3. Obligaciones del suministrado

- a) Pagar el precio, en el plazo y de acuerdo a la modalidad convenida;
- b) Recibir las prestaciones, si se suministraron conforme a lo pactado;
- c) Dar aviso a la otra parte de toda variación en sus necesidades de recepción, con una anticipación que permita a ésta prever las acciones necesarias para una eficiente operación.

9. EXTINCIÓN

El modo natural de conclusión del suministro es el de expiración del plazo pactado.

Si no se ha acordado el término de duración, pero habiéndose entendido que el suministro se ajustaría a las necesidades del suministrado, satisfechas éstas, también concluirá el contrato (extinción por cumplimiento del objeto); lo mismo, cuando se ha entregado en forma íntegra la cantidad de bienes a suministrar (SIMON).

Hasta aquí, las causales normales.

Por su parte, el suministrante podrá extinguir el contrato cuando ha agotado su capacidad productiva para poder continuar en la provisión o suministro pactado (imposibilidad de cumplimiento).

Además, encontramos los supuestos de rescisión unilateral y resolución por incumplimiento, como veremos a continuación:

9.1. Rescisión unilateral

Si el contrato de suministro se hubiera celebrado por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes se encuentra autorizada a rescindir unilateralmente el vínculo, mediando el debido preaviso.

En tal orden, el art. 1183 CCC dispone que: "[s]i la duración del suministro no ha sido establecida expresamente, cualquiera de las partes puede resolverlo, dando aviso previo en las condiciones pactadas. De no existir pacto se aplican los usos. En su defecto, el aviso debe cursarse en un término razonable según las circunstancias y la naturaleza del suministro, que en ningún caso puede ser inferior a sesenta días".

Las pautas que brinda la norma son congruentes con lo dispuesto por el art. 1011 CCC ubicado en la parte general para los contratos de larga duración: "En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos".

9.2. Resolución

El art. 1184 contempla la resolución del contrato de suministro ante su incumplimiento, cuando se cometa una falta de "*notable importancia*", según el propio texto legal. Esta valoración deberá hacerse sobre la imposibilidad de cumplir con los vencimientos sucesivos, es decir, debe estar en juego la propia subsistencia del contrato.

Cuando el incumplimiento es de una envergadura tal que afecta al contrato en su totalidad o el incumplimiento de una o varias prestaciones genera una seria duda acerca de la posibilidad de cumplimiento del acuerdo conforme se pactara originariamente, la resolución prevista por la norma citada aparece como la única alternativa posible.

10. SUSPENSIÓN

Cabe destacar que ante el simple incumplimiento de una entrega, o falta o retraso en el pago de una cuota, mensualidad o documento, estos hechos pueden no ser necesariamente generadores de la posibilidad resolutoria (ETCHEVERRY), protegiéndose así la continuidad negocial en circunstancias en que el incumplimiento fue simplemente accidental y no afecta a lo esencial del acuerdo.

A diferencia del supuesto de resolución, ante el incumplimiento de una de las partes de sus deberes contractuales, su contraparte únicamente está facultada para dejar de cumplir con las obligaciones a su cargo hasta tanto la incumplidora subsane su falta.

Para hacerlo, deberá haber notificado fehacientemente al deudor mediante un preaviso realizado en la forma estipulada en el contrato o, en su defecto, con una anticipación razonable según las circunstancias que amerite el caso.

11. PARALELO CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La presencia de la Administración en la relación contractual no basta para calificar al contrato como administrativo. Para MARIENHOFF, el contrato de suministro será administrativo:

1) En virtud de su objeto y dado que se trata de un contrato de colaboración; cuando la prestación a cargo del cocontratante se relacione directa e indirectamente a funciones esenciales o específicas del Estado, a fines públicos propios de éste (por ejemplo, suministro de elementos de curación para una cárcel).

2) En su defecto, cuando contenga cláusulas exorbitantes del derecho común (potestad de imponer multas por sí y ante sí).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que se caracterizan estos contratos administrativos por dos condiciones: a) porque uno de los contratantes es la administración pública; b) en que el objeto del contrato es una prestación con destino de orden público o de necesidad social.

Se ha entendido que estos contratos están regulados por las normas administrativas y de derecho público y solo en caso de ausencia normativa o carencia de principios generales específicos de derecho administrativo, podrá recurrirse subsidiariamente al derecho privado.

Reiterada jurisprudencia ha sostenido que el suministro de derecho público se halla fundamentalmente sometido a las reglas de la compraventa, pero que a su vez concurren en estos contratos tres tipos de disposiciones: las cláusulas del pliego de condiciones y las reglas de derecho común, que se aplican subsidiariamente, a falta de otras expresamente establecidas y a condición de que no contraríen normas especiales.

CAPÍTULO XVIII - LOCACIÓN DE COSAS. CON LA COLABORACIÓN DE JUAN A. RIVA

1. DISPOSICIONES GENERALES

El Código Civil y Comercial regula, en el Capítulo 4 del Título IV (de "Contratos en particular"), al contrato de locación de cosas. Para ello, la [ley 26.994](#), que aprueba su texto, derogó la ley 23.901 (de locaciones urbanas) y, siguiendo el esquema del Proyecto de 1998, reguló, a lo largo de 39 artículos, el contrato bajo examen.

En primer lugar, el art. 1187 adoptó la siguiente definición: "Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero". Tres son, entonces, los elementos que configuran la esencia del contrato: a) obligación de conceder el uso y goce de una cosa; b) dicha concesión debe ser temporaria; y c) por un precio en dinero.

Conceptualmente, puede entenderse al uso como la facultad de empleo de la cosa, mientras que el goce es la de percibir sus frutos (es decir, aquellas cosas nuevas que, regular y periódicamente, produce una cosa

existente, sin alteración ni disminución de su sustancia y que pueden ser, según LLAMBIAS: naturales, industriales y civiles).

Cabe resaltar que, según veníamos sosteniendo, la obligación de conceder el uso y goce de la cosa locada podía deslindarse sin desnaturalizar por ello el contrato; así, entendíamos que era de la esencia del contrato la concesión del uso y/o goce, resultando innecesario que ambas facultades estuviesen, sí o sí, contenidas en el acuerdo. Sin embargo, de acuerdo con la actual configuración del tipo contractual, esta visión parece discutible o, al menos, modificada. En efecto, según lo dispuesto por el art. 1192 (en cuanto prevé la posibilidad de pactar *sólo el uso* de la cosa locada), si bien la finalidad del contrato podría quedar limitado, a través de un pacto expreso, al uso de la cosa locada, la ausencia de toda distinción respecto del supuesto contrario (únicamente concesión del goce) parece despejar la posibilidad de que ello quede alcanzado por la figura de la locación. Un acuerdo de ese tipo resultará, en todo caso, un supuesto de contrato innominado (art. 970).

Retomando la línea expositiva, entonces, también es característico del contrato de locación de cosas el requisito de la temporalidad: es la limitación en el tiempo del ejercicio del derecho de uso y goce.

Por último, es distintivo de este contrato la fijación de un precio en dinero como contraprestación: sin precio en dinero, determinado o susceptible de determinación, no habrá contrato de locación.

Es importante señalar que, según la última parte del art. 1187, al contrato de locación de cosas se aplican, en subsidio, las reglas correspondientes al contrato de compraventa en lo que respecta al consentimiento, precio y objeto.

Recapitulando, en cuanto a sus caracteres, el contrato de locación de cosas es: a) bilateral; b) oneroso; c) consensual; d) conmutativo; y e) de duración o tracto sucesivo.

Respecto de la forma, el art. 1088 establece que: "El contrato de locación de cosa inmueble o mueble registrable, de una universalidad que incluya a alguna de ellas, o de parte material de un inmueble, debe ser hecho por escrito". A partir de ello, puede entenderse que el contrato, *salvo las excepciones* referidas, es *no formal*. Por lo tanto, la forma escrita será requerida cuando el objeto del contrato lo constituya la concesión del uso y goce sobre una cosa inmueble, muebles registrables, universalidades que incluyan alguno de ellos (por ejemplo, según se ha indicado, la locación de un fondo de comercio) o partes materiales de un inmueble.

Entendemos que esta finalidad es sólo requerida *ad probationem*, por lo que resulta aplicable lo prescripto en el art. 1020 respecto del régimen de la prueba en estos casos.

En último término, la norma señala que la misma regla en cuanto a la forma se aplicará en caso de que las partes acuerden la prórroga o modificación del contrato.

Los dos artículos siguientes regulan, en forma supletoria a la voluntad de las partes, supuestos de modificación subjetiva del contrato: la transmisión del contrato por causa de muerte, por un lado, y la subsistencia de la locación después de la enajenación de la cosa locada, por el otro. Asimismo, se establece allí también la situación del continuador de la locación.

Debemos señalar, en primer lugar, que, salvo lo que se dispone específicamente respecto del continuador de la locación en el art. 1190 (donde, como se verá, solo puede tratarse de inmuebles con destino a vivienda), el régimen supletorio estipulado con relación a la transmisión o subsistencia de la locación resultaría aplicable tanto para cosas *muebles* como *inmuebles*.

Despejado ese punto, el sistema se configura a partir de una regla general; en efecto, el art. 1189 prevé, en su inc. a), un principio que podría ser dejado de lado por voluntad expresa de los contratantes en ese sentido: el contrato de locación se transmite, activa y pasivamente, por causa de muerte de las partes (en ese sentido, art. 1024). Ello es así puesto que no se trata de un acuerdo *intuitu personae*, la vinculación contractual perdura, siempre que siga vigente el plazo estipulado, luego de la muerte de las partes.

Cabe hacer notar que, conforme el art. 1190, para el caso del locatario, el sucesor no se identifica necesariamente con el continuador de la locación y, en el supuesto de que quien falleciese fuese aquél, el

continuador de la locación tendría preferencia frente a su heredero. En efecto, "...la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento. El derecho del continuador en la locación prevalece sobre el del heredero del locatario".

Así pues, salvo pacto en contrario, ante la *muerte del locatario*, la locación vigente podría ser continuada por sus herederos; excepto que exista un continuador de la locación que deba ser preferido. Ello es así cuando: a) la cosa locada es *inmueble*; b) el *destino* es de habitación o vivienda; c) la persona que continúa la locación ha *habitado en ese inmueble junto con el locatario* durante un año, al menos, previo al abandono o fallecimiento; y d) durante ese tiempo, recibió del locatario *ostensible trato familiar*.

Este último requisito (que, cabe señalar, ya se encontraba contemplado de algún modo en el régimen vigente bajo la [ley 23.091](#)) no depende de la edad de los miembros del grupo conviviente, o de sus potencialidades económicas, sino que resultará, en definitiva, del mérito que pudiere realizar un juez atendiendo a las realidades sociales que modelan el concepto de familia.

Por otro lado y siempre que se trate de una locación cuyo destino fuese de vivienda o habitación, deben aplicarse las mismas reglas para el caso de que el locatario haga *abandono de la cosa locada*. El abandono puede ser entendido como el retiro de la finca arrendada sin dejar en ella a quien haga sus veces y la conserve en buen estado (arts. 1562, inc. 1º y 1564 CCC).

Si bien, en principio, ello constituiría una causal de resolución del contrato por causa imputable al locatario (ver art. 1219, inc. c, del CCC), la existencia de un grupo conviviente habitando el inmueble permitiría invocar la continuación de la locación y, por tanto, dejar vivo el acuerdo.

Por último, el inc. b) del art. 1189 establece que el contrato de locación, salvo acuerdo en contrario de las partes, subsiste durante el tiempo convenido aún cuando la cosa locada fuese enajenada (esto es, transmitida por acto entre vivos). Ya en el Código Civil anterior, el art. 1498 preveía una solución similar y, de hecho, había generado una serie de disquisiciones en relación con el derecho que una disposición como la descripta generaba en cabeza del locatario (en la nota a ese artículo, VÉLEZ SANSFIELD citaba la opinión de TROPLONG que, al comentar la norma análoga del Código Civilfrancés, estimaba la consagración de un derecho real para el locatario).

Sin embargo, esta solución tiene su fundamento en el deber de buena fe que debe guiar en la interpretación y ejecución de los contratos (art. 961 del CCC) y que obliga, salvo pacto en contrario, a mantener al locatario en la tenencia de la cosa locada mientras dure la vigencia del contrato.

Por último, en esta Sección 1ª, el Código Civil y Comercial reproduce casi con exactitud una solución ya adoptada en el Título IV (Hechos y actos jurídicos), art. 375, inc. k). En efecto, en el marco del contrato de locación la ley establece que, a los fines de "...celebrar contrato de locación por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por el mismo período, se requiere facultad expresa" y, por tanto, resultaría insuficiente un poder conferido en términos generales (caso en que, por definición, sólo quedan incluidos actos propios de la administración ordinaria).

Esto obedece a que, como principio, la celebración de un contrato de locación de cosas importa un mero *acto de administración* (esto es, según LLAMBIAS, aquellos que tienden, por procedimientos normales, a la conservación y explotación del patrimonio, sin introducir ninguna modificación sustancial en el patrimonio, característica de los *actos de disposición*).

Sin embargo, tal como surge de la norma comentada, la celebración de un contrato de locación de cosas por un plazo superior a los tres años, o bien, recibir pagos adelantados por ese mismo período (es decir, aquellos que se efectúan antes de resultar exigibles), son considerados como actos de disposición y, por tal motivo, requieren facultades expresas.

Ahora bien, cabe señalar que surge una pequeña divergencia entre la norma general y la ubicada en la parte especial de contratos. En efecto, mientras la primera prescribe que se requieren facultades expresas para "dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados *por más de un año*" (el destacado es nuestro), el art. 1191 hace lo propio respecto de contratos de locación por más de tres años (hasta aquí es similar) y para "...cobrar alquileres anticipados *por el mismo período...*" (el destacado es

nuestro). Sin embargo, esta aparente contradicción, que bien podría haberse resuelto manteniendo únicamente la norma general, puede resolverse aplicando la primera al supuesto especial de *locación de inmuebles* y la segunda para los *restantes casos*.

2. OBJETO Y DESTINO

La siguiente Sección dedicada al Capítulo de la locación de cosas, es la referida al objeto del contrato y a la finalidad estipulada.

Al respecto, el art. 1192 establece el principio general: "Toda cosa presente o futura, cuya tenencia esté en el comercio, puede ser objeto del contrato de locación, si es determinable, aunque sea sólo en su especie".

Esto es, para que pueda ser objeto del contrato de locación, la cosa *debe existir* o, si es futura, sujeta a la condición suspensiva de *que llegue a existir*, cargando, en este caso y salvo pacto en contrario, el locador con el riesgo de que la cosa exista en el tiempo y condiciones estipuladas (conf. art. 1131, por remisión a las reglas de la compraventa contenida en el art. 1187).

Además, la cosa objeto del contrato debe ser *determinada* (en cuyo caso se aplicarán las reglas concernientes a la obligaciones de dar cosas ciertas) o, si bien indeterminada, *determinable* (caso en que se aplicarán las reglas de las obligaciones de género, debiendo el deudor elegir una cosa de calidad media; conf. art. 762). Por ello, la indeterminación siempre es, en rigor, relativa: no es necesario especificar la *individualidad* de la cosa, pero sí, al menos, qué tipo o género de cosa pretende locarse (por ejemplo, no podría locarse un animal, pero sí un caballo de carrera).

Además, como consecuencia de lo expuesto, también debe concluirse en que no pueden ser objeto del contrato de locación las *cosas consumibles* (salvo que se hubiese pactado un uso anormal de ellas que no implique agotarlas; por ejemplo, entregar un vino muy raro para su exposición) puesto que su uso (característica del contrato de locación) conllevaría su extinción.

Por aplicación de los arts. 1187 (2º párrafo) y 1132 (venta de la cosa ajena), tampoco presenta inconvenientes la *locación de la cosa ajena*, puesto que la legitimación para disponer del uso y goce no coincide, necesariamente, con la de titularidad dominial; así, podría realizar un contrato de locación, por ejemplo, el propio locatario (supuesto de la sublocación, que veremos más adelante).

Por último, el art. 1192 sienta la regla de que, salvo pacto en contrario, el contrato de locación también comprende los frutos y productos ordinarios de la cosa locada.

Si el objeto del contrato lo constituyen *bienes del dominio público* y el locador es "...una persona de derecho público..." (esto es, tanto la administración centralizada en cualquier de sus instancias —nacional, provincial o municipal— como descentralizada y entidades autárquicas; conf. arts. 1193 y 146), el contrato quedará regido por las normas pertinentes del derecho administrativo, salvo en aquellos puntos no previstos y respecto de los cuales podrá acudir, en forma subsidiaria, al Código Civil y Comercial. Esta disposición incide fundamentalmente en la competencia: si se trata del Estado como locador, deberá intervenir el fuero contencioso administrativo, mientras que si lo hiciese como locatario, en principio, deberían entender los tribunales ordinarios con competencia civil.

Los tres artículos siguientes regulan lo concerniente al destino o finalidad de la locación, dato característico y fundamental para la correcta interpretación funcional de la figura. En efecto, la determinación del destino de la cosa reviste sustancial importancia en el marco del contrato de locación puesto que, por ejemplo, la desviación respecto del destino fijado hace nacer la facultad del locador de dar por extinguido el contrato y reclamar los daños y perjuicios correspondientes (arts. 1205 y 1219, inc. a).

El principio general está establecido en el art. 1194: "El locatario debe dar a la cosa locada el destino acordado en el contrato". En defecto de convención expresa, las posibilidades están determinadas del siguiente modo: a) el destino que la cosa tenía al momento de locarse; b) el destino que se da a cosas análogas en el lugar donde ella se encontrase; y c) el destino que correspondiese a su naturaleza.

Obviamente, la disposición presupone, en los términos del art. 1014, la causa lícita del contrato de locación. Superado ello, la preeminencia al respecto la tiene la autonomía de la voluntad de las partes en relación con el destino fijado en el contrato (al que puede denominarse destino *subjetivo*). Ante la falta de una disposición expresa sobre ese punto, cobran relevancia los supuestos supletoriamente establecidos por la norma: esto es, el destino *objetivo*, en tanto se relaciona con la naturaleza de la cosa objeto del contrato (LORENZETTI).

En este marco y de acuerdo con la regulación específica de este contrato, cobra especial relevancia lo atinente al *destino habitacional*; en efecto, el Código Civil y Comercial ha prestado particular atención a esta finalidad del contrato de locación de cosas. Por ello es que, la parte final del art. 1194 establece que, si el destino es mixto (es decir, si un inmueble se alquila para realizar una explotación comercial y, además, como vivienda), deberán aplicarse las normas correspondientes al destino habitacional (por ejemplo, arts. 1196 y 1222); esto es lo que se conoce como *tutela habitacional*.

Así, a través de la primera, se proscribe la posibilidad de que se requiera al locatario: a) el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes; b) depósitos de garantía o exigencia asimilables, por cantidad mayor al tiempo del importe equivalente a un mes de alquiler por cada año de locación contratado (por ejemplo, si el plazo de la locación es de dos años, no puede exigirse como depósito en garantía un valor superior a dos meses de alquiler); y c) el pago de valor llave o equivalentes (en tanto estos conceptos sí resultan característicos de los contratos de locación con destino comercial).

Esta normativa es de orden público y, por tanto, las partes no podrían dejarla de lado ni aun a través de un pacto expreso.

Por su parte y sin perjuicio de lo que veremos al momento de examinar los efectos de la extinción del contrato, de acuerdo con el art. 1222, se establecen condiciones para el ejercicio de la acción de desalojo por falta de pago de alquileres cuando el destino del inmueble locado fuese habitacional.

Por último, cabe hacer referencia a la especial protección que merecen, según el sistema diseñado por el Código Civil y Comercial, las personas incapaces o con capacidad restringida en el marco del contrato de locación. En efecto, conforme se dispone en el art. 1195, será nula toda cláusula que impidiera el ingreso o excluyese del inmueble alquilado, *cualquiera fuese su destino*, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encontrase bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, incluso si éste no habitase el inmueble.

Esta norma, que tiene su más próximo antecedente en el art. 1128 del Proyecto de 1998, implica la nulidad parcial de la cláusula de exclusión, es aplicable a todos los incapaces de ejercicio (art. 24) y representa la consagración de un amplio marco de tutela habitacional.

3. TIEMPO DE LA LOCACIÓN

A continuación, el Código Civil y Comercial se dedica a regular lo concerniente a otro elemento distintivo, como vimos, del contrato de locación de cosas: el plazo.

Al respecto, debe recordarse que, bajo el sistema del Código Civil ([ley 340](#)) no existían plazos mínimos obligatorios, sino sólo un plazo máximo (10 años, conf. art. 1505); aquellos sí fueron establecidos en la ahora derogada [ley 23.091](#), siguiendo una lógica que la ley actual recoge y sistematiza en el Capítulo dedicado a la locación.

En efecto, los arts. 1197 a 1199 estipulan los plazos máximos y mínimos (diferenciando en razón de los diversos destinos otorgados a la locación) y las excepciones posibles a esos mínimos.

En primer lugar, el art. 1197 establece que: "El tiempo de la locación, cualquiera sea su objeto, no puede exceder de *veinte años* para el destino habitacional y *cincuenta años* para los otros destinos" (el destacado es nuestro). A partir de ello, puede señalarse que, independientemente de que se trate de una locación sobre cualquier tipo de cosas (muebles, inmuebles o universalidades que los contengan), el destino será dirimente para poder fijar qué plazo funcionará como límite máximo. La justificación de esta exigencia radica en que, de lo contrario, si no existiese dicho límite, el contrato implicaría un verdadero desmembramiento del dominio y perjudicaría el tráfico comercial de los bienes.

La distinción entre plazos según fuese el destino de la locación se funda en críticas surgidas como consecuencia de la anterior regulación (que disponía, indistintamente, el plazo de diez años) puesto que el plazo menor podía resultar exiguo cuando pretendiese locarse para realizar una explotación lucrativa cuyos frutos demandasen el transcurso de un tiempo más prolongado.

Además, de acuerdo con el modo en que se ha regulado y los motivos en que se funda, esta disposición puede estimarse como de *orden público* e indisponible por las partes; por ello, si el contrato fuese hecho por un plazo que excediese el máximo, debería ser considerado como ajustado al máximo permitido.

Por último, debe señalarse que la renovación del contrato resulta admisible, siempre y cuando no se sobrepasen los plazos permitidos (art. 1197 *in fine*). Ello no empece, obviamente, a que las partes, una vez finalizado un contrato cuyo plazo estaba fijado en los máximos permitidos por la ley, pactasen uno nuevo por otro plazo similar.

En segundo lugar, el art. 1198 establece los plazos mínimos para la locación de inmuebles y, precisando y unificando la regulación anterior ([ley 23.091](#)), dispone que, cualquiera fuese el destino (habitacional, comercial o industrial) de la locación de un inmueble y ante la ausencia de plazo expreso y mayor, se considerará que el contrato fue celebrado por el plazo mínimo de *dos años*.

Ésta es, indudablemente, una norma de *orden público* y el plazo establecido es *a favor del locatario* y obligatorio para el locador. Por ello, se entiende que el locatario podría renunciar a él, aunque no en forma anticipada pues ello haría presumir un intento de evadir la regulación protectoria de sus derechos (LORENZETTI).

Este plazo mínimo, sin embargo, tiene excepciones. En efecto, el art. 1199 regula diversos supuestos en que no deberá aplicarse dicha limitación y, por tanto, donde no rige el plazo mínimo; a saber: a) sedes de embajadas, consulados u organismos internacionales y los destinados a la habitación de su personal extranjero o diplomático (lo determinante es, aquí, la persona del locatario); b) habitación con muebles que se alquilen con fines de turismo, descanso o similares, salvo que el plazo pactado supere los tres meses; en ese caso, se presumirá que no fue hecho con esos fines y se aplicará el mínimo legal (aquí, lo relevante será la finalidad del contrato); c) locación de inmuebles destinados a la guarda de cosas (cualquiera fuese la calidad de la cosa y sin perjuicio de que, para el caso de los automóviles, se tratará del denominado contrato de garaje, al que se aplicarán las normas del depósito necesario; conf. art. 1375); d) exposición u oferta de cosas o servicios en un predio ferial (supuesto que se aplica, por ejemplo, a los locales ubicados en los centros de compras o *shoppings*); y e) contratos de locación de cosas que tengan por objeto el cumplimiento de una finalidad determinada expresada en el contrato y que debiera cumplirse normalmente en el plazo menor pactado.

4. EFECTOS DE LA LOCACIÓN

En los tres Parágrafos siguientes, el Código Civil y Comercial reduce, sistematiza y simplifica la extensa regulación que el anterior Código Civil dispensaba a las obligaciones de ambas partes en el contrato de locación de cosas.

Antes de abordar su examen, debemos recordar que, salvo aquellas disposiciones que son de la esencia del contrato (por ejemplo, obligación de entregar la tenencia de la cosa en el modo convenido), las partes pueden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, modular el contenido y alcance de tales obligaciones del modo en que lo estimen conveniente.

4.1. Obligaciones del locador

De este modo, el actual Código Civil y Comercial estipula brevemente las principales obligaciones del locador; a saber: a) entregar la cosa objeto del contrato (art. 1200); b) conservar la cosa de modo que pueda ser usada para la finalidad convenida (art. 1201); y c) pagar las mejoras que hubiere efectuado el locatario (art. 1202). Veremos cada de ellas.

En primer lugar, entonces, la actual normativa precisa la obligación principal del locador y afirma que la cosa debe entregarse *conforme a lo acordado*. Esta entrega, esencial para el ejercicio del uso y goce, no presupone la tradición, sino sólo la transmisión de la tenencia, y de acuerdo con lo previsto en el art. 749 (obligación de dar cosas ciertas para transferir el uso o la tenencia), debe juzgarse de acuerdo con las normas especiales; en este caso, las disposiciones contenidas en el presente apartado del contrato de locación.

Si las partes no hubiesen realizado ninguna convención en particular sobre el estado de la cosa, el destino para el que se hubiese pactado el contrato determinará el estado en que deberá entregarse (art. 1200, *in fine*); esto es, deberá entregarse de modo tal que pueda cumplirse la finalidad prevista por las partes (regla general) o la que debiese cumplir la cosa de acuerdo con su naturaleza (aplicación supletoria de la ley ante la falta de previsión de las partes). Este principio general cede en el supuesto de que el locatario conociese el estado (se entiende, inapropiado) de la cosa (porque la hubiese visitado y el estado fuese apreciable a simple vista) o cuando el locatario hubiese debido conocer (por su profesión o especial aptitud, por ejemplo) dicho estado.

La apreciación del cumplimiento de este recaudo debe ser realizada al momento de efectuarse la entrega de la tenencia, para que, en su caso, pudiese el locatario reclamar la realización de las mejoras necesarias.

Obviamente, y pese a la supresión contenida en la norma aplicable con anterioridad (art. 1514 del CC, [ley 340](#)), la cosa locada debe *entregarse con todos los accesorios* que dependiesen de ella al tiempo del contrato y que fuesen necesarios para el destino convenido o impuesto por la ley supletoriamente (por ejemplo, llaves para el acceso al inmueble, los frutos y productos pendientes y no percibidos por el locador, servicios tales como gas, electricidad, agua caliente, etc.). Ello es así como consecuencia de los principios generales que surgen de las obligaciones de dar (art. 746).

Natural consecuencia de esta obligación, el art. 1203 dispone que: "Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa".

Ello no es más que una aplicación especial de la denominada teoría de la frustración del fin del contrato y que, en el Código Civil y Comercial ha encontrado expresa recepción en el art. 1090.

En este caso, la configuración del supuesto requiere la presencia de los siguientes requisitos: a) una concreta *dificultad o imposibilidad* de usar o gozar de la cosa conforme lo convenido (esto es, que no se pueda cumplir *alguna* de las finalidades propias del contrato); b) que esa dificultad o imposibilidad se conecte causalmente con una circunstancia que pueda tipificarse como caso fortuito (es decir, debe tener las características enunciadas en los arts. 1730 y siguientes); y c) que este caso fortuito afecte a la cosa locada (así, la dificultad o imposibilidad de uso o goce debe ser impersonal y proyectarse sobre la finalidad proyectada cualesquiera fuesen las partes del contrato; por ejemplo, si por alguna razón física circunstancial el locatario no puede utilizar, durante algunos meses, las escaleras para llegar al inmueble alquilado, no podrá suspender el pago del canon por esos meses; conf. art. 1203, *in fine*).

Cumplidos estos recaudos, el locatario podrá solicitar la extinción del vínculo contractual o, si la dificultad o imposibilidad no derivan en la total inutilidad del contrato, suspender su ejecución.

Por su parte y salvo dolo del locador, el art. 1204 despeja la posibilidad de que estas opciones queden en cabeza del locatario si se produce la pérdida de luminosidad del inmueble urbano como consecuencia de construcciones edificadas en las fincas vecinas. Cabe preguntarse qué sucedería, de acuerdo con el actual diseño del sistema normativo, si se hubiese establecido claramente como condición de la locación la presencia de dicha luminosidad en el inmueble; entendemos que, frente a ese supuesto, el juez podría, en todo caso, examinar las diversas circunstancias del caso y, eventualmente, conceder la posibilidad de resolver el contrato; sin embargo, parece poco probable que la finalidad esencial del contrato hubiese quedado exclusivamente supeditada a esa condición, con lo que la hipótesis extrema de la resolución parecería, siguiendo la línea que sigue el art. 1204, excesiva.

Como se anticipó, en caso de dolo del locador (por ejemplo, el conocimiento previo de éste de las construcciones que fueran a obstaculizar las vistas del inmueble locado), quedaría el locatario habilitado en los términos del art. 1203 a reclamar, vía acción de garantía por vicios ocultos (arts. 1033 y siguientes), la reducción del precio locativo o la resolución del contrato.

En segundo lugar, el art. 1201 prescribe que el locador "...debe conservar la cosa locada en estado de servir al uso y goce convenido y efectuar a su cargo la reparación que exija el deterioro originado en su calidad o defecto, en su propia culpa, o en la de sus dependientes o en hechos de terceros o caso fortuito".

En estos términos, pues, el Código Civil y Comercial fija la obligación de conservación en cabeza del locador y que constituye un importante deber emergente de todo contrato de locación. Se trata de que el locatario debe ser mantenido en el uso y goce pacífico de la cosa locada, de modo tal que, mientras dure el contrato, se le asegure que ella conservará las cualidades que determinaron la contratación y que, de no haber estado presentes, lo hubieran llevado a no realizar el contrato. Constituye, por tanto, una obligación que surge en su operatividad luego de la celebración del contrato pero que ya se encuentra contenida al momento de su celebración, puesto que, de no mantenerse las cualidades prometidas y que se tuvieron en miras al contratar, la locación quedaría frustrada en su finalidad.

Además, la norma contiene, como lógica derivación de lo anterior, la obligación de realizar las reparaciones que exigiese el deterioro causado por la *calidad o defecto* de la cosa locada. Asimismo, quedan alcanzados los deterioros causados por la culpa del propio locador, sus dependientes o, incluso, por caso fortuito (como consecuencia de la aplicación de la conocida regla según la cual "las cosas crecen y perecen para sus dueños") o terceros (en estos terceros no se incluye a aquellos por quienes debe responder el locatario; conf. art. 1206).

Debe entenderse que existe *deterioro* cuando la cosa deja de estar en un buen estado de acuerdo con lo pactado o con el destino que pretendiere darse a la locación (por ejemplo, la presencia de goteras en un inmueble) y que excluye, por tanto, el supuesto de destrucción parcial (que implica, directamente, imposibilidad de uso y goce respecto de una determinada parte de la cosa locada; por ejemplo, derrumbe del techo de un cuarto de una casa).

Este marco general de apreciación de la obligación que existe en cabeza del locador debe conjugarse, como explicaremos más adelante, con la que, en términos similares, le compete al locatario (art. 1206).

Volviendo al art. 1201, esta norma prevé, en su parte final, que, si como consecuencia de la reparación o innovación que el locador realizase, el locatario viese interrumpido o turbados los derechos que emergen del contrato, podrá requerir la reducción temporal del canon locativo en proporción con la gravedad de la turbación, o, incluso y de acuerdo con las circunstancias verificadas, extinguir, vía resolución, el contrato.

Esta solución, similar a la contenida en el anterior art. 1519 del Código Civil, no es más que una aplicación coherente de las derivaciones de un contrato bilateral y oneroso como el de locación.

En tercer lugar, el art. 1202 impone al locador la obligación de reembolsar los gastos por *mejoras necesarias* hechas a la cosa locada y en que hubiese incurrido el locatario, aun cuando no hubiese existido convenio al respecto, si el contrato se resolviese *sin culpa del locatario*.

Técnicamente, las mejoras constituyen una modificación valiosa de una cosa que se caracteriza por la introducción de alguna alteración material sobre aquélla (LÓPEZ DE ZAVALÍA). A este respecto, además, tradicionalmente (ver art. 591 del Código Civil) se han distinguido: a) las mejoras necesarias, es decir, aquellas modificaciones imprescindibles o sin las cuales la cosa no puede ser conservada; b) las mejoras útiles, esto es, aquellas que, sin ser indispensables para la conservación de la cosa, son de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella; y c) las mejoras voluntarias, suntuarias o de lujo, aquellas que tienen por finalidad la exclusiva utilidad para el que las hizo.

De acuerdo con la actual legislación, en el art. 1934 se definen estas mejoras en términos similares a los expuestos y que son coincidentes, además, con los delineados con anterioridad por la doctrina.

Pues bien, el art. 1202 establece que las mejoras necesarias, que son a cargo del locador (a diferencia de las mejoras necesarias pero de mero mantenimiento y que son a cargo del locatario —art. 1207—; es decir, la reparación de deterioros menores derivados del uso ordinario de la cosa) deben, en su caso, ser pagadas al locatario si éste las hubiese realizado y el contrato se hubiese disuelto antes del plazo pactado sin su culpa. Ello es así, incluso ante la ausencia de pacto expreso de las partes.

Es pertinente aclarar que esto supondría una aparente contradicción con el art. 1211; sin embargo, como luego examinaremos, la falta de distinción que realiza esta última norma (en torno al modo de extinción contractual) para obligar al locador a pagar al locatario todas las mejoras necesarias que hubiere introducido en la cosa locada, puede resolverse con el propio texto del artículo, en cuanto señala que el locador deberá, en ese caso, el *valor* de la mejora; esto es, no lo efectivamente erogado (como sí sucede en el caso del art. 1202) sino el mayor valor que hubiese adquirido la cosa locada a raíz de la mejora introducida.

Finalmente, el art. 1202 exceptúa claramente al locador de la obligación de pagar las mejoras necesarias cuando la cosa resulta destruida, sin culpa de las partes.

4.2. Obligaciones del locatario

Respecto de las obligaciones que atañen al locatario, el actual Código Civil y Comercial señala: a) prohibición de usar y gozar de la cosa locada variando el destino fijado o impuesto (art. 1205); b) conservar y mantener la cosa en buen estado (arts. 1206 y 1207); c) pagar el canon locativo pactado (art. 1208); d) pagar las cargas y contribuciones que se originen en el destino que se dé a la cosa locada; y e) restituir la cosa al locador en el estado en que la recibió (art. 1210). A continuación examinaremos cada una de tales obligaciones.

En primer lugar, constituye obligación principal del locatario la de usar y gozar de la cosa locada conforme los términos de lo pactado o, en su caso, de acuerdo con el destino impuesto (conf. art. 1194). En caso de que el locatario incumpliere con esta obligación (aun sin causar daños al locador; conf. art. 1205 *in fine*), la otra parte quedará facultada a pedir la resolución del contrato (conf. art. 1219, inc. a). Esto es, resultará suficiente el objetivo cambio de destino de la cosa locada.

En segundo lugar, el Código Civil y Comercial establece, en cabeza del locatario, la obligación de cuidar de la cosa locada y mantenerla en el estado en que la recibió. Por ello, "Responde por cualquier deterioro causado a la cosa, incluso por visitantes ocasionales... [y]...por destrucción de la cosa por incendio no originado en caso fortuito". No responde, obviamente, por los daños ocasionados por acción del locador o sus dependientes (conf. arts. 1206 y 1201) pero sí por los ocasionados por hechos propios y por determinados terceros (visitantes ocasionales) así como por los daños derivados de un incendio, salvo que éste se produzca por caso fortuito.

La parte final del primer párrafo del art. 1206 consagra el principio según el cual el abandono de la cosa locada importa el incumplimiento de esta obligación si el locatario lo hace "...sin dejar quien haga sus veces"; esto es, sin dejar a una persona que cuide de la cosa entregada en locación, considerando lo exigible por la conciencia media, el tipo de cosa locada y las demás circunstancias del caso (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Esta

circunstancia permite al locador solicitar la resolución del contrato (art. 1219, inc. b) y, en su caso, los daños y perjuicios producidos.

En tercer lugar, el art. 1207 establece el alcance de la obligación, que también pesa sobre el locatario, de mantener la cosa en buen estado y realizar las reparaciones que resulten necesarias a esos efectos.

La norma distingue el régimen según que la cosa locada fuese mueble o inmueble; en el primer caso, el locatario tendrá a su cargo los *gastos de conservación* y las *mejoras de mero mantenimiento*, mientras que en el segundo, sólo estas últimas.

Para trazar una diferencia entre unas y otras, cabe recordar que, mientras las mejoras de mero mantenimiento son aquellas que implican la reparación de deterioros menores originados por el uso ordinario y normal de la cosa (art. 1934, inc. c), los gastos de conservación importan aquellos que atienden a la subsistencia misma de la cosa. Esta distinción teórica, sin embargo, suele darse, en la práctica, de forma confusa y, casi siempre, configura una cuestión de hecho y prueba que deberá resolver el juez de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

En el caso de locación de cosas inmuebles puede decirse, como principio general, que el locatario sólo debe correr con las mejoras de conservación que se deriven del uso ordinario que se ha hecho de la cosa locada, mientras que locador resulta obligado a cubrir aquellos gastos que resulten en una erogación más sustancial. Por ejemplo, constituiría una mejora de mero mantenimiento a cargo del locatario reparar una cerradura, pero sería a cuenta del locador reemplazar las cañerías deterioradas por el uso de un sector del inmueble.

En su última parte, el art. 1207 señala que las reparaciones necesarias que revistan carácter de urgencia, es decir, aquellas cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa (art. 1934, inc. d) y que no admiten demora, el locatario podría realizarlas a costa del locador dando previo aviso a este último; es claro que, en caso de que la urgencia ni siquiera permita aguardar la notificación al locador, el deber de buena fe igualmente obligaría al locatario a realizarlas por su cuenta y reclamar luego el reembolso.

En cuarto lugar, el art. 1208 fija la obligación del locatario de abonar la suma de dinero en que consiste el alquiler o canon locativo. Éste está constituido por el precio de la locación y todas aquellas otras prestaciones de pago periódico asumidas convencionalmente por el locatario (por ejemplo, expensas ordinarias). Este precio en dinero debe pactarse, a tenor de lo normado por el art. 765 del CCC, en moneda de curso legal, puesto que si no fuese así, "...la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal".

Salvo que exista una estipulación expresa al respecto, el pago debe ser hecho por anticipado: si la cosa es mueble, de contado, y, si es inmueble, por período mensual.

Finalmente, la norma prevé (tal como ocurría bajo el régimen del Código Civil —[ley 340](#)—), para el cobro de los alquileres (así como de toda otra obligación que se devengase periódicamente y que hubiese sido puesta a cargo del locatario), la vía ejecutiva en los términos en que se encuentra configurada en los códigos procesales.

En quinto lugar, el art. 1209 pone a cargo del locatario el pago de las cargas y contribuciones que se originen en el destino que se dé a la cosa locada y, salvo pacto en contrario, dispone que no se encuentran a su cargo las que graven la cosa.

La norma distingue, pues, aquellas cargas y contribuciones que pesan sobre la cosa misma, de aquellas derivadas de la actividad que se desarrolla, conforme con el destino pactado por las partes o impuesto de acuerdo a su naturaleza. Las primeras (impuesto inmobiliario, por ejemplo), como regla, son a cargo del locador; mientras que las segundas (tasa municipal por salubridad e higiene en razón de la actividad que se desarrolla en un inmueble), son a cargo del locatario.

En sexto y último lugar, el Código Civil y Comercial establece la obligación del locatario de restituir, al término del contrato, la cosa locada "...en el estado en que la recibió, excepto los deterioros provenientes del mero transcurso del tiempo y el uso regular".

Constituye esta obligación el reverso de la obligación del locador de conceder el uso y goce a favor del locatario; una vez cumplido el plazo contractual, debe devolverse la cosa recibida a título de tenencia. Como consecuencia, no deberá responder el locatario por los deterioros ocasionados por el uso normal de la cosa locada.

Asimismo, conforme lo dispone dicha norma en su segundo párrafo, junto con la restitución de la cosa deben entregarse aquellas constancias o recibos que tuvieren relación con el contrato (pago de los servicios públicos domiciliarios, por ejemplo).

4.3. Régimen de mejoras

Brevemente, los arts. 1211 y 1212 establecen el régimen, supletorio de la voluntad de las partes, en materia de mejoras, reemplazando el complejo y detallado sistema establecido en la legislación anterior.

Como regla, el art. 1211 estipula que el locatario podrá introducir las mejoras (sean ellas necesarias, útiles o suntuarias) que le permitan llevar adelante el uso y goce concedidos por el contrato. Ello es así, excepto que: a) existiese pacto expreso en contrario (como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes); b) las mejoras alterasen la substancia o la forma de la cosa locada (puesto que ello resulta una facultad del locador y no del locatario, mero tenedor); y c) hubiese sido interpelado a restituir la cosa por el locador.

Ahora bien, para reclamar por la realización de mejoras, la regla es que el locatario podrá hacerlo respecto de las *necesarias*, pero no en relación con las útiles ni suntuarias. Tal regla reconoce como excepción lo dispuesto en los arts. 1202 y 1207, según explicamos más arriba.

Si las partes hubiesen pactado la prohibición (general o particular) de introducir mejoras (art. 1212), se considerará que el incumplimiento de dicha prohibición importará violar la obligación de conservar la cosa en el estado en que se recibió (art. 1206) por parte del locatario y, por tanto, autorizará al locador a extinguir, por resolución, la relación contractual (art. 1219, inc. b).

Finalmente, en relación con las mejoras *útiles* o *suntuarias* cabe remitirse a lo establecido por el art. 1224, al regular lo concerniente a la extinción de la locación.

5. CESIÓN Y SUBLOCACIÓN

En la Sección 5ª, el Código Civil y Comercial regula lo atinente a los supuestos de cesión de la posición contractual y de sublocación.

En primer lugar, en el art. 1213 se establece que el locatario, salvo pacto expreso en contrario, podrá ceder su posición contractual "...en los términos previstos en los artículos 1636 y siguientes"; esto es, remitiendo a las normas que delinean una figura contractual particular en el actual sistema legal. En función de ello, prescribe que el incumplimiento de los requisitos allí previstos al respecto, importará violar la prohibición de variar el destino de la cosa locada (art. 1205) y, por tanto, autorizará al locador a resolver el contrato (art. 1219, inc. a) con más los daños y perjuicios que correspondieren.

En segundo lugar, el art. 1214 contempla la posibilidad de que el locatario dé en sublocación *una parte* de la cosa arrendada.

A partir de estas definiciones, puede extraerse la diferencia entre ambos conceptos: mientras la cesión implica la transmisión de la posición contractual a través de una figura regulada expresamente y a la que el propio art. 1213 remite, la sublocación importa un nuevo contrato de locación celebrado entre locatario y sublocatario respecto de una parte de la cosa locada. Ello es así dado que, según el mismo art. 1213, "Se considera cesión a la sublocación de toda la cosa".

Para que la cesión sea procedente deben cumplirse, como se dijo, los recaudos establecidos en los arts. 1636 y siguientes; para que resulte válida la sublocación, por su parte, el mismo art. 1214 fija las condiciones: a) ausencia de pacto en contrario en el contrato de locación; b) comunicar al locador, por medio fehaciente, la intención de sublocar, indicando el nombre y domicilio de la persona con quien se pretende contratar y el destino que el sublocatario le asignará a la cosa; c) ausencia de oposición expresa del locador (el silencio se entiende como conformidad con la sublocación propuesta), comunicada por medio fehaciente, dentro del término de diez días de notificado.

Si el locatario hubiese violado la expresa prohibición de sublocar contenida en el contrato o bien no hubiera seguido el procedimiento indicado, se considerará, como en el caso de la cesión de la posición contractual no autorizada, que se ha incumplido con la obligación de no variar el destino de la cosa locada y, por ende, quedará el locador facultado a solicitar la resolución del contrato con más los daños y perjuicios, si correspondieren.

En este punto, cabe señalar que la prohibición contractual de ceder importa también la de sublocar y viceversa; esto significa que, prevista una de tales prohibiciones, se entiende implícita la otra.

En referencia a las relaciones que surgen entre sublocador y sublocatario, el art. 1215 dispone que se regirán por las normas previstas en el contrato respectivo y las del Capítulo referido a la locación de cosas; como es obvio, se entiende implícita en ese acuerdo la cláusula de usar y gozar de la cosa sublocada sin transgredir los términos del contrato principal.

Por último, el art. 1216 establece las acciones directas que caben entre locador y sublocatario, así como, viceversa, entre sublocatario y locador. Si bien configuran excepciones al principio de la naturaleza relativa de los contratos y las obligaciones que surgen de ellos, la norma estipula los límites y supuestos en los que pueden ejercerse. De este modo, el locador podrá exigir *directamente* al sublocatario el pago de los alquileres adeudados (y de las demás obligaciones impuestas por la sublocación) *hasta el monto* que el último le debiera al locatario-sublocador; asimismo, el sublocatario podría también exigir al locador principal cumplir con las obligaciones que se derivan del contrato original (como, por ejemplo, la de conservar la cosa en buen estado).

Como derivación del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la parte final del art. 1216 prescribe que "La conclusión de la locación determina la cesación del subarriendo...", por lo que este último nunca podría prever un plazo más extenso que el contrato principal; ello es así, salvo el caso en que se produjese, por ejemplo, la confusión entre locador y locatario-sublocador.

6. EXTINCIÓN

El sistema del Código Civil y Comercial ha simplificado notablemente la enumeración que realizaba el Código Civil respecto de los supuestos extintivos del contrato de locación. La regulación actual contempla, en el art. 1217, los siguientes supuestos especiales de extinción: a) el cumplimiento del plazo previsto contractualmente; b) el requerimiento producido en virtud de lo dispuesto por el art. 1218; y c) la resolución anticipada regulada en el art. 1221.

En el primer caso, tratándose de un plazo determinado, cierto o incierto, deberá estarse al cumplimiento de ese plazo, al término del cual el locador podrá exigir la restitución de la cosa. Si el plazo fuese indeterminado, se deberá ocurrir ante el juez a los efectos de fijar el plazo correspondiente de acuerdo con el procedimiento más breve que prevea la regulación procesal (conf. art. 871, inc. d). Por otra parte, si el plazo fuese tácito la

locación quedará concluida para el momento en que, acorde con los usos y costumbres, la cosa locada debiera ser restituida (conf. art. 887, inc. a).

En el segundo caso, la norma hace referencia al supuesto anteriormente regulado por el art. 1622 del Código Civil. Conforme con ello, la continuación de la tenencia una vez vencido el plazo correspondiente *no implica tácita reconducción* "...sino la continuación de la locación en los mismos términos contratados, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente"; ante este requerimiento, pues, es que cabe dar por extinguido el contrato. Esta norma importa, en los hechos, no aplicar el régimen de la mora automática a la obligación de restituir la cosa objeto del contrato de locación.

Respecto del tercer caso, el art. 1221 regula una serie de supuestos en los cuales el locatario (y sólo él), podrá resolver anticipadamente el contrato de locación.

Así, recogiendo los términos del art. 8º de la ahora derogada [ley 23.091](#), el locatario podrá, cuando la cosa locada fuese un *inmueble (cualquiera fuese el destino)* y hubiesen transcurrido *seis meses de contrato*, resolver anticipadamente el contrato previa notificación, en forma fehaciente, al locador. La norma no establece, en este caso, la antelación con la que el locatario deberá notificar su decisión al locador.

Por lo demás, si hace uso de esta opción *durante el primer año* de vigencia del contrato, deberá abonar al locador, en concepto de indemnización, una suma equivalente a *un mes y medio de alquiler* al momento de desocupar el inmueble; si la decisión se adopta una vez *transcurrido ese lapso*, deberá abonar una suma equivalente a *un mes de alquiler*.

Por otro lado, para todos los casos de excepción al plazo mínimo legal de dos años (art. 1199), la norma mencionada faculta también al locatario a solicitar la resolución anticipada del contrato con la única condición de abonar el equivalente a dos meses de alquiler al locador. En este caso, no se requiere ni la notificación al locador ni que hubiesen transcurrido seis meses de contrato.

Según entendemos, pese a que el artículo en cuestión nada prescriba al respecto, se trataría de una norma de orden público, inderogable por voluntad de las partes, por lo que no sería válida la cláusula por la cual el locador pretendiera impedir el ejercicio de dicha facultad al locatario.

Pues bien, independientemente de los supuestos referidos en el art. 1217, el Código Civil y Comercial regula los casos de resolución imputable a alguna de las partes por incumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato.

De este modo, mientras en el art. 1219 establece los supuestos en que el contrato puede resolverse como consecuencia del comportamiento del locatario, en el art. 1220 hace lo propio respecto de las obligaciones que competen al locador.

Ello sucederá, primero, cuando: a) el locatario hubiese cambiado el destino o usado irregularmente la cosa locada, conforme los términos del art. 1205; b) el locatario faltase a la obligación de conservar la cosa en buen estado o hiciese abandono sin dejar quien haga sus veces (art. 1206); y c) el locatario faltase a la obligación de pagar el canon convenido, durante dos períodos consecutivos (art. 1208). Y, segundo, cuando: a) el locador incumpliese con su obligación de conservar la cosa para que pueda llevarse a cabo el uso y goce convenido (art. 1201); y b) el locador incumpliese con las garantías de evicción o la de vicios redhibitorios.

7. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN

En la última Sección dedicada al contrato de locación, el Código Civil y Comercial regula diversas consecuencias derivadas de o relacionadas con la extinción del contrato.

En primer lugar, y siguiendo lo dispuesto por el art. 5º de la ley 23.091 durante su vigencia, el art. 1222 impone al locador, en los casos de locación de inmuebles con destino habitacional y con carácter previo a la demanda por desalojo por falta de pago de alquileres, intimar fehacientemente al locatario por la suma adeudada otorgándole un plazo que no podrá ser inferior a diez días corridos desde la recepción del requerimiento para cumplir con su obligación. A esos efectos, deberá consignar un lugar de pago.

Se trata de una norma con efectos tuitivos que tiende a ultimar las previsiones para evitar el desalojo en los supuestos de locaciones destinadas a vivienda.

En segundo lugar, el Código Civil y Comercial regula, en su art. 1223, los alcances y el procedimiento para llevar a cabo el desalojo del inmueble locado una vez extinguida la relación contractual.

Así, luego de especificar que en ese momento debe restituirse la tenencia de la cosa locada (conf. art. 1210), establece que cuando esa obligación resultase incumplida, no será aplicable el procedimiento de la cláusula resolutoria implícita (art. 1088) cuando pretendiese demandarse el desalojo por las siguientes causales: a) cumplimiento del plazo convenido contractualmente (art. 1217, inc. a); b) requerimiento de restitución por parte del locador una vez vencido el plazo convenido contractualmente (arts. 1217, inc. a y 1218); c) falta de pago del canon convenido durante dos períodos consecutivos (art. 1219, inc. c); y d) resolución anticipada por voluntad del locatario (art. 1221, incs. a y b). Ello es así porque, en los tres primeros casos, el locador no podrá iniciar la acción judicial de desalojo sin intimar de cumplimiento al locatario; en el último, por cuanto, tratándose del ejercicio de una facultad discrecional puesta en cabeza del locatario (siempre que cumpla con la indemnización estipulada), no puede hablarse de incumplimiento de las obligaciones del locador y, por tanto, no aparece uno de los presupuestos de aplicación de la cláusula resolutoria implícita.

Por último, el art. 1223 establece un plazo mínimo para la ejecución del lanzamiento, posterior a la sentencia de desalojo: éste *no podrá ser inferior* a diez días; deberán, por tanto, las legislaciones procesales, adaptarse a esta disposición.

En tercer lugar, el art. 1224 fija el destino de las mejoras *útiles* (aquellas que resultan provechosas para cualquier poseedor) o *suntuarias* (aquellas que fuesen de utilidad exclusivas de quien las introdujo); en este caso, el locatario podrá retirar cualquiera de ellas al concluir la locación, salvo que: a) hubiese acordado que ellas quedarían en beneficio de la cosa locada; b) si de la separación de las mejoras se siguiese un daño para la cosa; y c) si separarlas no le proporcionase beneficio alguno.

Por su lado, el locador *podría optar* por conservar dichas mejoras (aun si hubiesen sido hechas en violación de lo previsto en el contrato, por no estar autorizadas) pagando el *mayor valor* (no lo efectivamente erogado) que, como consecuencia de ellas, adquirió la cosa locada.

En cuarto lugar, el actual Código Civil y Comercial reproduce, en el art. 1225, el art. 1582 *bis* del Código Civil (ley 25.628), referido a la extinción, junto con el contrato principal, de la fianza que se hubiese estipulado. En efecto, será nula toda cláusula inserta en el contrato por la cual se pretendiese extender la fianza (cualquiera fuese su tipo: simple, solidaria o como fiador principal pagador) más allá de los términos del contrato de locación original. Por lo tanto, las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto aquellas ocasionadas por la falta de restitución en término por parte del locatario; de acuerdo con ello, para que el fiador pueda ser obligado más allá de los términos originales del contrato de locación, deberá haber prestado nuevamente su consentimiento en la renovación o prórroga del contrato.

Cabe aclarar que esta norma es de contenido imperativo para las partes y que su ámbito de aplicación se reduce a los contratos de locación de inmuebles, sin distinción de destino.

En quinto y último lugar, el art. 1226 concede al locatario la posibilidad de ejercer un derecho de retención que lo faculta, de ese modo, a percibir los frutos naturales que la cosa produjese para compensar, por ejemplo, lo debido por el locador en concepto de mejoras introducidas en la cosa locada.

Debemos recordar que, en función de lo normado por los arts. 2587 y siguientes del CCC, "Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el

pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa". De modo tal que el derecho de retención lo ejercerá el locatario sobre la cosa locada que debe restituir.

Asimismo, toda vez que el art. 1226 no establece ninguna otra especificación al respecto, debe aplicarse el régimen general aludido (arts. 2587 y siguientes) y, por tanto, el derecho de retención no incluirá la facultad de usar la cosa (art. 2591, inc. a): es que, en rigor, se ha extinguido la obligación de usar la cosa locada y, como contrapartida, también la de pagar el canon locativo.

No resulta exigible, por el contrario, la notificación establecida por el art. 2590 *in fine*, puesto que la percepción de los frutos (supuesto que activa la necesidad de dar aviso al deudor) es la exclusiva finalidad que se persigue con el ejercicio del derecho de retención en este especial supuesto.

CAPÍTULO XIX - CONTRATO DE LEASING. CON LA COLABORACIÓN DE MATÍAS MANUEL PORTOS

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. INTRODUCCIÓN

El contrato *leasing* se originó en el extranjero, constituyéndose en uno de los "tipos legales de importación". En nuestro país tuvo su origen en la Ley de Actividades Financieras 18.061 (arts. 18 y 20); luego se sancionó la [ley 21.526](#), que permitió a las "entidades financieras" adquirir inmuebles, abriendo la posibilidad al *leasing* inmobiliario. La insuficiencia de dicha regulación generó la necesidad de determinar si era una compraventa con reserva, una locación con opción de compra o un contrato atípico.

Con la sanción de la [ley 24.441](#), el contrato adquirió tipicidad. Luego, se sancionó la [ley 25.248](#), que en la actualidad fue derogada parcialmente (se abolieron los Capítulos I —con excepción del segundo y tercer párrafos del artículo 11— y III —con excepción de los párrafos segundo y tercero del artículo 28— de la [ley 25.248](#)) por [ley 26.994](#), que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La figura, ha tenido su gran desarrollo en el campo de las garantías, porque facilita la contratación de grupos de bienes con una financiación a bajo costo. Por ello, se dice que el *leasing* es una técnica de financiamiento: quien desea un bien puede comprarlo o alquilarlo, pero la compraventa no es adecuada cuando se trata de cosas de rápida caducidad tecnológica, o cuyo uso sea temporario o de prueba. Lo más conveniente sería alquilarlo, porque no ha incremento de activo ni inversión de dinero, el único gasto es el pago de la renta.

En el *leasing* concurre una variedad de finalidades (pagar un precio por el uso; adquirir la cosa en un tiempo futuro; tomar crédito con garantía sobre la cosa, etc.) que trastoca la estructura tradicional de la teoría contractual, puesto que se corresponde con diferentes tipos contractuales, como ser: compraventa, mutuo dinerario, locación, contrato de garantía.

2. CONCEPTO LEGAL. SU DETERMINACIÓN Y ENCUADRE

El Código Civil y Comercial lo define en el art. 1227, y señala que hay *leasing* cuando "el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio".

La definición que nos brinda el código, implica considerar los diferentes matices desde los cuales se puede abordar este instituto. En general, el *leasing* comprende tres aspectos: el económico, el financiero y el jurídico.

Desde un enfoque económico, el *leasing* tiene en su génesis una actividad de intermediación. La persona interesada en un bien, aun sin poder solventar el gasto, podrá —por intermedio de la figura del *leasing*— acudir a la intervención de otra persona, quien adquirirá el bien para sí y cederá el uso y goce al interesado, por un canon determinado. Este último tendrá, luego, la posibilidad de adquirir definitivamente el bien.

Desde una perspectiva financiera, el contrato otorga determinadas ventajas a las partes contratantes: el acceso a un bien sin erogación de un monto significativo de capital, la posibilidad de fraccionar el pago del valor del bien, un encuadre fiscal ventajoso para el interesado, etc. Por otra parte, el contrato de *leasing*, proporciona —al dador— una opción más como negocio de financiación, debido a que genera una renta por el capital, constituido por el bien cuyo uso y goce se concede, con la garantía que representa seguir ostentando su propiedad, hasta que el interesado ejerza la opción de compra y cancele el valor residual del bien.

El *leasing* es, principalmente, un negocio de financiación porque el dador no sólo entrega el uso y goce de un bien, sino que le concede un crédito que permite diferir el pago del precio del bien en cánones preestablecidos, para posteriormente adquirirlos si hiciere uso de la opción de compra, abonando el precio residual. Esto explica por qué, en la legislación argentina, se incorporó —en un primer momento— en la ley de entidades financieras.

Finalmente, desde una visión jurídica, el contrato de *leasing* resulta una figura compleja, puesto que su estructura adquiere distintas modalidades según su finalidad.

3. CARACTERES

En razón de su regulación, el contrato de *leasing* enseña los siguientes caracteres:

a) *Bilateral*: Con meridiana claridad, se desprende de su definición que el contrato de *leasing* produce obligaciones recíprocas para sus contratantes (v. art. 966 del CCC). En efecto, el dador se obliga a transferir la tenencia de un bien y, eventualmente, se obliga a transferir el dominio de la cosa objeto del contrato si el tomador ejerciera la opción de compra. Por su parte, el tomador asume la obligación de pagar los cánones periódicos que se convengan y, si ejerciese la opción de compra, se obliga a abonar el precio o valor residual de la cosa para su adquisición definitiva.

b) *Oneroso*: En todas sus especies el contrato de *leasing* produce ventajas y sacrificios para sus partes (v. art. 967 del CCC). Para el dador su ventaja reside en la renta que obtiene por el uso y goce del bien que entrega y, eventualmente, en el precio que recibe por la transferencia del dominio en caso de ejecutarse la opción de compra. Ello, como consecuencia de la concesión del uso y goce del bien objeto del contrato y, en su caso, de su enajenación (sacrificios del dador). Paralelamente, las ventajas para el tomador se ciñen al uso y goce que obtiene del bien recibido y, eventualmente, el ingreso del mismo a su patrimonio, si ejerciera la opción de compra. Por su parte, los sacrificios que asume son el pago de los cánones y del precio residual si optara por adquirir el bien.

c) *Consensual*: Como todo contrato, en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de *leasing* se perfecciona y produce sus efectos propios desde el momento en que las partes prestan el consentimiento.

d) *Nominado*: Dado que el *leasing* tiene un nombre otorgado por la ley y una regulación autónoma (v. arts. 1227 a 1250 del CCC), afirmamos que es nominado y típico (v. art. 970 del CCC).

e) *De tracto sucesivo o de ejecución continuada*: Es un contrato de duración en el cual la obligación del dador de mantener al tomador en el uso y goce pacífico de la cosa no se agota con la celebración del contrato sino que deberá subsistir hasta el momento de la conclusión del contrato. Contemporáneamente, este uso y goce continuado en el tiempo, genera en el tomador la obligación de pagar por ello durante el tiempo que se use y goce de la cosa entregada.

f) *Formal*: Debe hacerse por escrito. De conformidad con la primer parte del art. 1234 del CCC, el *leasing* debe instrumentarse en escritura pública si tiene como objeto cosas inmuebles, buques o aeronaves. En los demás casos puede celebrarse por instrumento público o privado. Es decir, dependiendo del objeto del contrato, el *leasing* tendrá una solemnidad relativa o, simplemente, probatoria (instrumento medio de prueba de la celebración del negocio). Ampliaremos este punto más adelante.

g) *Conmutativo*: Las partes, desde el momento en que perfeccionan el contrato, conocen el alcance de las ventajas y pérdidas patrimoniales que se producen como consecuencia de su celebración, sin que ello dependa de un acontecimiento incierto.

4. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS

Para encuadrar mejor el contrato lo compararemos con otras figuras jurídicas con las que pueda tener alguna semejanza, a fin de determinar mejor su esencia.

Si bien, en un primer momento, se lo relacionó con los institutos de la locación y compraventa, hoy en día sus diferencias son notables. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que la ley, en determinados casos, autoriza la aplicación supletoria de las reglas de estos institutos (v. art. 1250 del CCC).

a) *Con la locación*: Se lo ha asociado con la locación, puesto que la primera etapa del *leasing* consiste en una transmisión de la tenencia del bien para su uso y goce de la cosa. No obstante, la opción de compra que podrá ejercer el tomador, implica un claro apartamiento de la locación.

En esta inteligencia, podemos afirmar que la causa-fin de ambas figuras resulta disímil. La finalidad de la locación se limita a la transferencia del uso y goce de la cosa, mientras que la finalidad del contrato de *leasing* es la financiación de operaciones mercantiles, apartándose de la finalidad de transmitir el uso y goce para perseguir la transmisión del dominio a crédito. Sobre el punto, debemos advertir que la obligación de restitución típica del contrato de locación no se produce si se ejercita la opción de compra.

Por otra parte, el objeto del contrato de *leasing* es más amplio que el de la locación. En efecto, el art. 1228 del CCC dispone que pueden serlo las cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y *software*, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en *leasing*.

b) *Con la compraventa*: En el contrato de *leasing* no hay una compraventa inicial, puesto que se deja para un momento ulterior la decisión de adquirir el bien; consecuentemente, no se transfiere el dominio ni la posesión, sino la tenencia. A partir del ejercicio de la opción se aplican las reglas de la compraventa y se producen sus efectos.

En la compraventa, el comprador persigue directamente la adquisición de la propiedad, en cambio, en el *leasing* la finalidad es más compleja, ya que el tomador tiene una intención de explotar el bien que se satisface con su uso y goce. Eventualmente, tendrá en una segunda etapa del contrato la opción de adquirir el dominio o restituir el bien.

Las diferencias en los títulos por los que el comprador y el tomador, en cada caso, acceden al bien, conllevan un tratamiento distinto de responsabilidad entre las partes y frente a terceros.

Por otra parte, en la venta con reserva de dominio se divide el precio en cuotas y una vez pagada la última, se agota la obligación de dar sumas de dinero; por el contrario, en el *leasing* una vez pagada la última cuota hay un valor residual. Esta temporalidad sucesiva excluye, también, la venta con pacto de retroventa, porque en esta última la decisión de vender es inicial, mientras que en el *leasing* es al final.

c) *Con el mutuo*: Su principal similitud radica en la finalidad de crédito; no obstante, las cosas objeto de ambos contratos resultan disímiles. En el mutuo no hay transmisión de uso y goce de una cosa, sino de la propiedad de las cosas fungibles.

5. CLASES

El contrato de *leasing* presenta diversas modalidades que se pueden clasificar de acuerdo a los siguientes criterios que no se excluyen entre sí: naturaleza de los bienes y finalidad. Examinemos cada una de ellas.

a) *Según su naturaleza*: esta categoría se ciñe, fundamentalmente, en el objeto del contrato. En este sentido, podemos enunciar —dependiendo de dicho objeto— dos clases de *leasing*: mobiliario e inmobiliario.

- **MOBILIARIO**: como su denominación lo indica, versa sobre cosas muebles o bienes inmateriales, como ser: *software*, marcas, patentes o modelos industriales.
- **INMOBILIARIO**: inversamente al mobiliario, esta especie recae sobre cosas inmuebles. Suele utilizarse para la comercialización de emprendimientos inmobiliarios.

b) *Según su finalidad*: El Código distingue las variantes de *leasing* aludiendo a las modalidades en la elección del bien según quien sea (v. art. 1231 del CCC) el propietario del bien al momento de celebrarse el negocio. Sin embargo, la doctrina los clasifica de acuerdo a su finalidad del siguiente modo:

- **FINANCIERO**: El dador opera de intermediario financiero entre el productor, fabricante o dueño del bien y el tomador. Pues, aquél adquiere de un tercero el bien indicado por el tomador, con la finalidad de dar financiamiento a este último (tomador).

En efecto, la modalidad se configura en forma tripartita. Es decir, hay un contrato de compraventa o suministro celebrado por el fabricante con el dador (que es quien financia el negocio), y luego un *leasing* entre el dador (que generalmente es una entidad financiera) y el tomador. Se trata de un claro supuesto de conexidad contractual que autoriza una acción directa (v. arts. 1232 y 1073 y ss. del CCC).

En suma, el tomador interesado en adquirir un bien mediante financiación, acude a un dador, generalmente una entidad financiera, y acuerdan celebrar el contrato. Desde entonces, el dador cumplirá su obligación de adquirir el bien indicado, para luego cederlo en *leasing* al propio tomador (v. art. 1231 incs. a), b) y c) del CCC).

- **OPERATIVO**: es el celebrado directamente por el propietario-productor con respecto al bien que produce o le pertenece; por lo que el titular y el dador constituyen una sola persona y parte contractual (principal distinción con la modalidad financiera, ya que no hay intermediación).

En esta modalidad, el dador cede en *leasing* a otra un bien de su titularidad, para que ésta lo utilice y finalmente tenga, transcurrido un plazo, la opción de compra por el valor residual. Su ámbito de aplicación más frecuente comprende los bienes de capital para las industrias, la construcción inmobiliaria y los bienes de consumo. De este modo, el dador amplía las opciones de comercialización de sus productos, y el tomador tiene la posibilidad de emplearlo por plazo, sin necesidad de adquirirlo inicialmente.

El art. 1231, incs. d) y f) del CCC alude específicamente a esta modalidad del *leasing*.

- **LEASING RETRO O LEASE BACK**: se admite como modalidad en el inc. e) del art. 1231 del CCC. Se presenta cuando una empresa vende bienes de su propiedad a una entidad financiera, que los adquiere aunque la tenencia la ejerce la empresa vendedora, quien los sigue utilizando como tomadora en *leasing*. De este

modo la empresa obtiene liquidez a raíz del precio que recibe por la venta de los bienes y se obliga a pagar los cánones estipulados en el contrato, que representarán para la entidad dadora una renta por su financiación. Una vez devuelto el préstamo dinerario, bajo la forma de alquileres, podrá ejercer la opción de compra y recuperar la cosa.

Es una operatoria más compleja que la típica, pues existe primero una compraventa y luego el *leasing*. Entre ambos contratos existe conexidad contractual (v. art. 1073 y ss. del CCC).

6. CAPACIDAD

El Código Civil y Comercial no dispone reglas específicas de capacidad para celebrar el contrato de *leasing*. Por consiguiente, se aplican las reglas generales sobre la materia que rigen para todos los contratos.

7. ELEMENTOS ESENCIALES Y TÍPICOS

a) Consentimiento

Como contrato consensual, se requerirá para su perfeccionamiento el consentimiento del dador y del tomador, exclusivamente. El fabricante o producto del bien, que no sea dador, son terceros ajenos al negocio contractual y, por tanto, no se exigirá su asentimiento.

b) Objeto

De conformidad con el art. 1228 del CCC, pueden ser objeto del contrato cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y *software*, de propiedad del dador o sobre los que tenga la facultad de dar en *leasing*. LORENZETTI señala que además de cosas se incluyen derechos.

Por otra parte, resultan de aplicación las normas generales relativas al objeto de los contratos, especialmente en cuanto a la licitud, posibilidad física y jurídica, determinabilidad y patrimonialidad. También serán aplicables las reglas sobre el objeto de los contratos de locación y compraventa, en tanto se correspondan con la finalidad de este negocio (v. art. 1250 del CCC).

c) Causa

El contrato de *leasing* puede tener finalidades varias según las circunstancias de contratación, pues la causa-fin podrá ser la adquisición del bien, la financiación o, simplemente, conceder el uso y goce del bien.

En este sentido, LORENZETTI enseña que el contrato de *leasing* puede responder a la finalidad de celebrar una compraventa, una locación, una garantía, un préstamo, según las posiciones de las partes y la modalidad a convenir. A nuestro entender, la finalidad (causa genérica) perseguida por las partes no es otra que el financiamiento.

d) Precio

El tomador, durante el plazo que se extienda el uso y goce concedido, deberá abonar una suma periódica que se denomina canon y, en caso de ejercer la opción de compra, deberá además satisfacer el pago del valor residual convenido.

Canon: El canon es el monto en dinero que el tomador debe abonar al dador por la ventaja que le concede. Se integra por el valor económico del uso (alquiler de la cosa), más la pérdida del valor de la propiedad y el costo o amortización financiera (interés del préstamo).

Por otra parte, el art. 1229 del CCC, con un espíritu amplio, establece que el monto y la periodicidad de cada canon se determinarán por la voluntad de las partes.

Valor residual: es el precio que debe abonar el tomador para la adquisición del bien, si hiciere uso de la opción de compra. Para su determinación, se considera la amortización ya abonada que fue incorporada en el cálculo de los cánones.

Este valor, deberá ser fijado en el contrato o ser determinable según el procedimiento dispuesto por las partes (v. art. 1230 del CCC).

e) Plazo

El *leasing* es una relación jurídica de duración, por lo que el tiempo es un elemento esencial de este contrato.

Este término indica el periodo durante el cual el tomador tendrá derecho al uso y goce del bien, Asimismo, servirá para determinar el momento en el cual el tomador podrá hacer uso de la opción de compra (v. art. 1240 del CCC).

f) Opción de compra

Constituye un elemento esencial para la tipificación del contrato como *leasing*. Pues, es una facultad irrenunciable que si no se pacta no será un contrato de *leasing*, sino de locación de cosas.

Por otra parte, el art. 1240 del CCC dispone que puede ser ejercida por el tomador a partir del pago del 75% del canon total, aunque podrá pactarse un plazo menor.

En cuanto a su calificación jurídica hay diversas posiciones:

- Se trata de una simple opción, y no de una obligación; es decir, el tomador no está obligado a ejercerla ya que es una facultad.
- Es un contrato de opción que contiene una oferta irrevocable de venta, en el cual el dador efectúa una oferta de venta del bien, dirigida al tomador, y cuando este último ejercita la opción se perfecciona el contrato (negocio sujeto a condición suspensiva).

f.1. La opción de renovación

Las partes pueden pactar que el tomador opte por renovar el contrato, tal vez sustituyéndose las cosas que constituyen su objeto por otras. No sustituye la opción de compra sino que es una modalidad de la misma (v. art. 1241 del CCC).

8. FORMA Y PRUEBA

El art. 1234 del CCC establece como regla que *el leasing* debe instrumentarse en escritura pública si tiene como objeto inmuebles, buques o aeronaves. En los demás casos puede celebrarse por instrumento público o privado. Consecuentemente, podemos afirmar que el contrato de *leasing* es un contrato formal, puesto que la ley le impone determinadas solemnidades para su celebración.

La diferencia que establece la norma reside en el tipo de bien objeto del contrato. De conformidad con el art. 969 del CCC, en los casos de objetos inmuebles, buques o aeronaves, la forma exigida es solemne relativa. Por el contrario, en los restantes bienes la forma se exige como medio de prueba de la celebración del contrato.

En materia de prueba se aplican los principios generales que rigen para todos los contratos.

9. INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Es un requisito de su oponibilidad a terceros. El interés prevalente en la inscripción es de ambas partes: a) del dador para deslindarse de responsabilidades, b) del tomador para ejercer la opción de compra y oponerla a terceros en caso de futuros conflictos.

Concretamente, el segundo párrafo del art. 1234 citado con anterioridad, establece que: "A los efectos de su oponibilidad frente a terceros, el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto. La inscripción en el registro puede efectuarse a partir de la celebración del contrato de *leasing*, y con prescindencia de la fecha en que corresponda hacer entrega de la cosa objeto de la prestación comprometida. Para que produzca efectos contra terceros desde la entrega del bien objeto del *leasing*, la inscripción debe solicitarse dentro de los cinco días hábiles posteriores. Pasado ese

término, produce ese efecto desde que el contrato se presente para su registración. Si se trata de cosas muebles no registrables o de un *software*, deben inscribirse en el Registro de Créditos Prendarios del lugar donde la cosa se encuentre o, en su caso, donde ésta o el *software* se deban poner a disposición del tomador. En el caso de inmuebles, la inscripción se mantiene por el plazo de veinte años; en los demás bienes se mantiene por diez años. En ambos casos puede renovarse antes de su vencimiento, por rogación del dador u orden judicial".

El principio general que se puede extraer de la norma transcripta es que todo *leasing* debe inscribirse, cualquiera fuera la cosa objeto del contrato, para su oponibilidad a terceros.

A los efectos de la registración del contrato de *leasing*, el art. 1235 del CCC dispone que sean aplicables las normas legales y reglamentarias que correspondan según la naturaleza de los bienes. Así, en los casos de cosas muebles no registrables o *software*, se aplican las normas registrales de la Ley de Prenda con Registro (v. decreto 897/95) y las demás que rigen el funcionamiento del Registro de Créditos Prendarios.

Cuando el *leasing* comprenda a cosas muebles situadas en distintas jurisdicciones, se aplica lo dispuesto en la Ley de Prenda con Registro para iguales circunstancias.

10. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Nos concentraremos en este apartado a analizar cada una de las obligaciones que nacen para las partes en virtud de su interrelación contractual.

10.1. Obligaciones del dador

a) *Transferir la tenencia de una cosa*: ésta es la obligación principal del dador, quién asume, tal como surge del art. 1227 del CCC, transferir la tenencia de un bien para su uso y goce.

Según la modalidad del *leasing*, la obligación podrá soportar algunas modificaciones. En el caso del *leasing* financiero, no siendo el dador propietario de la cosa, su obligación se limitará a la adquisición del bien o a asumir la obligación de entrega a través de un tercero. En el supuesto del *lease back*, el dador no queda obligado a la entrega por cuanto las cosas ya se encuentran en poder del tomador.

b) *Adquirir el bien para el tomador*: esta obligación se desprende, esencialmente, en los casos de intermediación (*leasing* financiero). En esta circunstancia, el dador se obliga a adquirir el bien indicado por el tomador, siguiendo en forma expresa sus instrucciones y especificaciones (v. art. 1231, incs. a, b y c del CCC).

c) *Asegurar el uso pacífico de la cosa*: el dador debe abstenerse de realizar actos de disposición que puedan afectar el derecho personal de uso y goce que fuera transferido y que debe mantener en el tiempo por el plazo estipulado.

d) *Transferir el dominio del bien objeto del leasing*: ante el supuesto en que el tomador ejerciera el derecho de opción de compra, el dador queda obligado a cumplir con la transmisión del dominio del bien objeto del contrato a favor del tomador. Tal como dispone el art. 1242 del CCC, el derecho del tomador a la transmisión del dominio nace con el ejercicio de la opción de compra y el pago del precio del ejercicio de la opción conforme a lo determinado en el contrato. El dominio se adquiere cumplidos esos requisitos, excepto que la

ley exija otros de acuerdo con la naturaleza del bien de que se trate, a cuyo efecto las partes deben otorgar la documentación y efectuar los demás actos necesarios.

e) Recibir el bien: en caso de no ejercer el tomador la opción de compra, deberá restituir la cosa al dador, quién estará obligado a recibirla

10.1.1. Deberes secundarios del dador

Como deberes de colaboración, el dador debe: a) inscribir el contrato o colaborar con su inscripción; b) entregar los títulos que aseguren el goce de la cosa.

10.2. Obligaciones del tomador

a) Pago del canon y, eventualmente, del valor residual del bien: el tomador se encuentra obligado a abonar, por el uso y goce concedido, un canon determinado y en dinero. Se trata de una obligación de dar sumas de dinero, sujeta al régimen general aplicable a esta especie (v. arts. 765 a 772 del CCC). Si el tomador hiciera uso de la opción de compra pactada en el contrato, deberá abonar el precio de esa facultad, constituido por el valor residual del bien. La falta de pago, da lugar al dador a iniciar acciones legales, conforme los arts. 1248 y 1249 del CCC.

b) Conservar el bien y efectuar un uso regular: el tomador deberá conservar el bien recibido en *leasing*, lo que podrá, en algunos supuestos, ocasionar gastos ordinarios y extraordinarios vinculados con esta obligación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1238 del CCC. Además, este artículo estipula que el tomador podrá usar y gozar del bien conforme a su destino, lo que no incluye actos de disposición sobre la cosa.

c) Restituir el bien: si el tomador no ejerce la opción de compra, deberá restituir la cosa en el tiempo convenido, quedando el contrato extinguido.

d) No trasladar los bienes: conforme al art. 1236 del CCC, el tomador no podrá sustraer los bienes muebles del lugar en que deben encontrarse de acuerdo a lo estipulado en el contrato inscrito. Sólo podrá trasladarlos con la conformidad expresa del dador, otorgada en el contrato o por acto escrito posterior, y después de haberse inscrito el traslado y la conformidad del dador en los registros correspondientes. Hace a la garantía de su crédito, al punto que puede inspeccionar el bien y solicitar su secuestro.

11. DERECHOS DE LAS PARTES

a) Derechos del dador: cobrar los cánones y, eventualmente, el valor residual; obtener la restitución del bien; ceder el contrato o los créditos (v. art. 1247 del CCC); y reivindicar la cosa objeto del contrato.

b) Derechos del tomador: usar y gozar del bien; exigir el cumplimiento de las garantías de evicción y vicios redhibitorios; arrendar el bien (v. art. 1238 del CCC); y ejercer la opción de compra.

12. RESPONSABILIDADES ENTRE PARTES Y FRENTE A TERCEROS

a) *Entre partes*: la responsabilidad del dador genera la obligación de resarcir al tomador, si aquél no cumpliera con su obligación de entregar el bien objeto del contrato.

Por su parte, la falta de cumplimiento de la obligación de transmitir el dominio, ante el ejercicio de la opción de compra, genera también responsabilidad y habilita al tomador exigir su cumplimiento.

La responsabilidad del tomador y la falta de pago de los cánones habilitarán al dador a accionar las vías procesales y derecho que regula el código a su respecto.

b) *Frente a terceros*: la cosa objeto del contrato puede ocasionar daños a terceros, quienes tendrán una acción resarcitoria, con fundamento en la responsabilidad objetiva del tomar o guardián de las cosas. Así, el art. 1243 del CCC señala que "la responsabilidad objetiva emergente del artículo 1757 recae exclusivamente sobre el tomador o guardián de las cosas dadas en *leasing*". En suma, la normativa vigente hace recaer los riesgos en forma exclusiva sobre el tomador, configurándose una excepción al art. 1758 del CCC, que establece la responsabilidad del dueño y guardián.

13. EXTINCIÓN

a) *La resolución del leasing inmobiliario*: el Código, a través del art. 1248, estableció un régimen especial para esta modalidad. En el supuesto de que el tomador incumpla la obligación de pagar el canon, se produce los siguientes efectos:

- Si el tomador ha pagado menos de un cuarto del monto del canon total convenido, la mora es automática y el dador puede demandar judicialmente el desalojo. Se debe dar vista por cinco días al tomador, quien puede probar documentalente el pago de los períodos que se le reclaman o paralizar el trámite, por única vez, mediante el pago de lo adeudado, con más sus intereses y costas. Caso contrario, el juez debe disponer el lanzamiento sin más trámite;
- Si el tomador ha pagado un cuarto o más pero menos de tres cuartas partes del canon convenido, la mora es automática; el dador debe intimarlo al pago del o de los períodos adeudados con más sus intereses y el tomador dispone por única vez de un plazo no menor de sesenta días, contados a partir de la recepción de la notificación, para el pago del o de los períodos adeudados con más sus intereses. Pasado ese plazo sin que el pago se verifique, el dador puede demandar el desalojo, de lo que se debe dar vista por cinco días al tomador. Dentro de ese plazo, el tomador puede demostrar el pago de lo reclamado, o paralizar el procedimiento mediante el pago de lo adeudado con más sus intereses y costas, si antes no hubiese recurrido a este procedimiento. Si, según el contrato, el tomador puede hacer ejercicio de la opción de compra, en el mismo plazo puede pagar, además el precio de ejercicio de esa opción, con sus accesorios contractuales y legales. En caso contrario, el juez debe disponer el lanzamiento sin más trámite;
- Si el incumplimiento se produce después de haber pagado las tres cuartas partes del canon, la mora es automática; el dador debe intimarlo al pago y el tomador tiene la opción de pagar lo adeudado más sus intereses dentro de los noventa días, contados a partir de la recepción de la notificación si antes no hubiera recurrido a ese procedimiento, o el precio de ejercicio de la opción de compra que resulte de la aplicación del contrato, a la fecha de la mora, con sus intereses. Pasado ese plazo sin que el pago se verifique, el dador puede demandar el desalojo, de lo que debe darse vista al tomador por cinco días,

quien sólo puede paralizarlo ejerciendo alguna de las opciones previstas en este inciso, agregándole las costas del proceso;

- Producido el desalojo, el dador puede reclamar el pago de los períodos de canon adeudados hasta el momento del lanzamiento, con más sus intereses y costas, por la vía ejecutiva. El dador puede también reclamar los daños y perjuicios que resulten del deterioro anormal de la cosa imputable al tomador por dolo, culpa o negligencia por la vía procesal pertinente.

b) *La resolución del leasing mobiliario*: cuando la falta de pago de cánones se produjera en el marco de un contrato de *leasing* sobre bienes muebles, el dador puede:

- Obtener el inmediato secuestro del bien, con la sola presentación del contrato inscrito, y la prueba de haber interpelado al tomador por un plazo no menor de cinco días para la regularización. Producido el secuestro, queda resuelto el contrato. El dador puede promover ejecución por el cobro del canon que se haya devengado ordinariamente hasta el período íntegro en que se produjo el secuestro, la cláusula penal pactada en el contrato y sus intereses; todo ello sin perjuicio de la acción del dador por los daños y perjuicios, y la acción del tomador si correspondieran; o
- Accionar por vía ejecutiva por el cobro del canon no pagado, incluyendo la totalidad del canon pendiente; si así se hubiera convenido, con la sola presentación del contrato inscrito y sus accesorios. En este caso, sólo procede el secuestro cuando ha vencido el plazo ordinario del *leasing* sin haberse pagado el canon íntegro y el precio de la opción de compra, o cuando se demuestre sumariamente el peligro en la conservación del bien, debiendo el dador otorgar caución suficiente.

CAPÍTULO XX - OBRA Y SERVICIOS. CON LA COLABORACIÓN DE JUAN A. RIVA

1. DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBRAS Y A LOS SERVICIOS.

El actual Código Civil y Comercial regula conjuntamente los contratos denominados, según el anterior Código Civil, locación de obra y locación de servicios. Lo hace a lo largo de tres Secciones: a) la primera, dedicada a las disposiciones generales aplicables a ambas figuras; b) la segunda, relativa a las normas aplicables al contrato de obra; y c) por último, una breve tercera Sección donde se ocupa del contrato de servicios.

Así, entonces, define, en el art. 1251, ambos contratos en los siguientes términos: "Habrá contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución".

El actual Código Civil y Comercial deslinda, entonces, claramente el ámbito de la locación de cosas de las denominadas locaciones de actividad (obra y servicios).

Conceptualmente, así como en la locación de cosas lo que se logra mediante el pago de una suma de dinero es el uso y goce de una cosa perteneciente a otro, en la locación de servicios se alcanza el trabajo de otra persona destinado a obtener ciertos fines y en la obra la promesa de un resultado.

SPOTA, por ejemplo, definía el contrato de locación de obra como el contrato por el cual una de las partes, denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista, y, en su caso, profesional liberal, autor, artista), se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte, denominada locatario de la obra (dueño, propietario, comitente, patrocinado, cliente) se obliga a pagar un precio determinado o determinable, en dinero.

Cabe resaltar que ya en la misma definición legal se provee el carácter distintivo de ambos contratos: la obra se ejecuta o los servicios se prestan *en forma independiente*, a diferencia de lo que acontece en todo contrato laboral (regido por la [ley 20.744](#)), que se configura a partir de una triple dependencia: jurídica, económica y técnica. Estos datos son los que no aparecen en los contratos de obra y servicios y permiten la perfecta diferenciación de la figura; esta lectura se ve confirmada por el 2º párrafo del art. 1252, en cuanto estipula que: "Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral".

Cabe agregar que el art. 1251 deja establecido, para el caso del contrato de obra, que esta última puede ser *material o intelectual*, circunstancia relevante en la medida en que, dado ese caso, la normativa relacionada con el contrato se deberá integrar, necesariamente, con la correspondiente a la propiedad intelectual.

La parte final del art. 1251 establece que la onerosidad es la regla en lo que concierne a estos contratos; en efecto, "El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar". Es decir que la gratuidad debe ser prevista por las partes, o bien, surgir de la misma naturaleza del vínculo que la intención ha sido la de realizar un acto a título gratuito.

La cuestión, tradicionalmente problemática, referida a la calificación del contrato como de obra o de servicios es la que aborda y pretende resolver el párrafo 1º del art. 1252. La norma prescribe que: "Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay un contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega".

El Código Civil ([ley 340](#)) carecía de una norma de este tenor, lo que había dado lugar a una multitud de criterios referidos al tema. De acuerdo con la regulación actual, pareciera que el legislador ha adoptado el criterio relacionado con la naturaleza del objeto: siendo un contrato de servicios existe un hacer, una actividad intangible que, una vez desarrollada, desaparece; mientras que, en el caso del contrato de obra, existe un resultado reproducible de esa actividad o susceptible de entrega. Esto es, habría, en el segundo supuesto, un compromiso de eficacia de un resultado; en el primero, ello estaría ausente.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que, como se dijo, también se han esbozado otros criterios para distinguir un contrato de otro; así, por ejemplo, el que señala que en el contrato de servicios la actividad del deudor es un *fin en sí mismo* mientras que en el contrato de obra la actividad es un *medio* para alcanzar el objeto que deberá poder reproducirse o ser susceptible entrega (como puede advertirse, este criterio, que fue desarrollado en los Fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial, bien puede aplicarse de acuerdo con la redacción actual de la norma).

También cabe citar el criterio que asentaba la distinción en la difundida clasificación entre obligaciones de *medios* y de *resultado*: obligación de medios comportaría la que asume quien presta un servicio, y de resultado quien se compromete a entregar una obra; sin embargo, pese a la crítica que ha recibido esta distinción, de algún modo también puede considerarse parcialmente acogida por la nueva regulación, en la medida en que hace alusión a una actividad "independiente de su eficacia", por un lado, y a un "resultado eficaz", por el otro.

En suma, si bien los problemas que podría generar la cuestión parecieran haber quedado resueltos con la regulación que se ha dado a ambas figuras, los criterios teóricos expuestos no son exactos y habrán de ser confrontados, en su caso, con los supuestos concretos que se presenten en el mundo jurídico.

Cabe agregar a ello que, conforme la última parte del art. 1252, todo lo dispuesto en el Código Civil y Comercial respecto de estos contratos debe integrarse, en su caso, con las reglas específicas que resulten aplicables a obras o servicios especialmente regulados en otros cuerpos normativos.

Delineado el concepto de ambas figuras y sus límites con otros institutos, cabe señalar sus caracteres. Se trata de contratos: a) bilaterales; b) onerosos (salvo estipulación expresa de las partes o presunción de realizar un acto gratuito); c) consensual; d) conmutativo; e) no formal; y d) en principio, de duración o tracto sucesivo.

A continuación, el Código Civil y Comercial regula distintas cuestiones aplicables a ambas figuras.

En primer lugar, establece que: "A falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato". Esto es, la norma consagra, tanto para el contrato de obra como para el de servicios, la denominada *discrecionalidad técnica*, aspecto característico, como vimos, de la independencia propia de estos contratos. El límite de este margen de arbitrio que existe en cabeza de una de las partes del contrato cuando no existen instrucciones precisas por parte del comitente, está dado por las reglas del arte, ciencia o técnica que desarrolle, precisamente, el contratista o prestador de servicios (ver, al respecto, obligación de esta parte en el art. 1256, inc. a).

En segundo lugar, el art. 1254 estipula que, salvo pacto en contrario en el sentido de que los servicios o la obra encargada lo hubiesen sido al contratista o prestador de los servicios por sus cualidades personales (contrato *intuitu personae*), este último podría contratar, para realizar la actividad o la obra, los trabajos de terceros; en todo caso, siempre conservará la dirección y la responsabilidad por la ejecución. Se refiere, pues, la norma, al supuesto cada vez más frecuente de la tercerización en este tipo de contrataciones; será determinante, por tanto, establecer si, de acuerdo con los términos del contrato, tal proceder está permitido o si, por el contrario, el contratista o prestador del servicio fue obligado en términos personales, sin poder delegar todo o algún aspecto del encargo.

Cabe señalar que la subcontratación no es equivalente a la cesión de la posición contractual: mientras en el primer caso el contratista no se desliga y continúa obligado (ver última parte del art. 1254), en el segundo, sucede precisamente eso: el primitivo contratante queda desobligado.

En tercer lugar, el art. 1255 fija las consideraciones relativas al precio del contrato; esto es, la contraprestación a cargo del comitente por la obra o el servicio.

Generalmente, el precio está determinado de común acuerdo por las partes del contrato y constituye una suma de dinero, a la que se aplicará la regla contenida en el art. 765.

En caso de que las partes no lo hubiesen establecido, la norma fija el orden supletorio al que deberá recurrirse: la ley, los usos o, ante la persistencia del desacuerdo, la fijación judicial.

De acuerdo con ello, las partes tienen libertad para estipular el valor de la contraprestación, sin encontrarse sujetas a las normas arancelarias vigentes (por ejemplo, [ley 21.839](#), de aranceles profesionales de los abogados); sin embargo, si debiera recurrirse a la fijación judicial del precio, entonces sí deberá observarse lo dispuesto por dichas normas. En este caso, será relevante ponderar todos los elementos del contrato, a los fines de no incurrir en una desproporción entre el precio y la obra o servicio encomendados.

El último párrafo del artículo hace referencia a la imposibilidad, salvo aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 1091), de modificar el precio, luego de celebrado el contrato, si se trata de un supuesto de *precio global* (también denominado *por ajuste alzado*) o *por unidad de medida*; ello implica, brevemente y sin perjuicio de lo que explicaremos al tratar los arts. 1262 y 1263, que cuando se hubiere fijado un precio estable, las partes no podrán alegar variaciones de costos para solicitar la modificación de este elemento esencial del contrato.

En cuarto lugar, los arts. 1256 y 1257 establecen, en términos genéricos y para ambos contratos, las obligaciones que recaerán sobre las partes.

Así, serán obligaciones del contratista y del prestador de servicios: a) *ejecutar* el contrato conforme a las *previsiones contractuales* y a los *conocimientos razonablemente* requeridos al tiempo de su realización *por el arte, ciencia o técnica* correspondientes; b) *informar* al comitente sobre los *aspectos esenciales* del cumplimiento de la obligación comprometida; c) *proveer* los *materiales adecuados* que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio (excepto disposición en contrario pactada por las partes o impuesta por los usos y costumbres); d) *usar diligentemente* los *materiales provistos* por el comitente e *informarle* inmediatamente en caso de que esos *materiales* fueran *impropios* o *tuvieran vicios* que el contratista o prestador debiese conocer; y e) *ejecutar* la obra o el servicio *en el tiempo convenido* o, en su defecto, en el que razonablemente correspondiese.

La norma, pues, establece límites a la discrecionalidad técnica del contratista o prestador de servicios: ellos estarán dados por las previsiones contractuales, o bien, por lo que resulte del estado del arte, ciencia o técnica empleada para la realización de la obra o servicio.

Además, se prevé, en razón de la especialidad del contratista o prestador de servicios, una obligación genérica de informar al comitente respecto de los aspectos esenciales que hacen a la relación jurídica convenida (inc. b) y, asimismo, una obligación específica de informar respecto de la idoneidad de los materiales empleados (inc. d). Ambas derivan del principio de buena fe y, como se dijo, de la profesionalidad del contratista o prestador de servicios.

En cuanto al plazo para la realización de la obra o servicio, se entiende que debe cumplirse dentro del lapso establecido de común acuerdo por las partes o, ante la ausencia de plazo pactado, dentro de lo que razonablemente corresponde de acuerdo con el tipo de obra o servicio de que se trate; es que, como se ha sostenido, en toda obra o respecto de todo servicio hay un plazo implícito, un tiempo normalmente necesario para ejecutarlo de acuerdo con las circunstancias (REZZÓNICO). Sólo ante la falta de plazo expreso o tácito, será necesario recurrir a la fijación por parte del juez.

Por último, cabe señalar que, entre las obligaciones del contratista o prestador del servicio, se encuentra, salvo pacto en contrario o imposición diversa motivada en los usos, la de proveer y utilizar diligentemente los materiales que fuesen necesarios (incs. c y d). Cuando ello sucede de ese modo y el contratista debe proveer los materiales, se produce una asimilación con el contrato de compraventa de cosa futura: ya en otra oportunidad habíamos sostenido que, cuando el proceso de producción es *standard*, nos encontramos frente a una compraventa de cosa futura; mas si lo que interesa es el proceso en sí mismo, el contrato será de locación de obra (CENTANARO).

El actual Código Civil y Comercial resuelve esta cuestión, aplicando un criterio similar, en el art. 1125; de este modo y sin perjuicio de lo que hemos señalado al tratar el contrato de compraventa, el principio es que, cuando una de las partes se compromete a entregar una cosa por un precio, se aplicarán las reglas de las compraventa, salvo que de las circunstancias resultase que la principal de las obligaciones consistiese en suministrar mano de obra o prestar servicios, o bien, que quien se encargase de la producción de la cosa a entregar asumiese la obligación de proveer una parte sustancial de los materiales a emplearse.

Por su parte, serán obligaciones del comitente: a) *pagar* la retribución pactada; b) *proporcionar* al contratista o prestador la colaboración necesaria; y c) *recibir la obra* si fue ejecutada conforme a lo dispuesto por el art. 1256.

Así, la obligación principal del comitente es la de abonar el precio convenido; ante la falta de determinación del precio (sea expresa o tácitamente), se aplicarán las reglas que surgen del art. 1255.

Además, el art. 1257 establece una típica obligación de colaboración en cabeza del comitente; en efecto, este último deberá, por ejemplo, transferir la tenencia de la cosa mueble o inmueble así como garantizarle que dicha tenencia será pacífica y sin turbaciones, todo ello, "...conforme a las características de la obra o del servicio".

Por último, el comitente debe, una vez finalizada la obra (o prestado el servicio), recibirla, y, salvo que esta no se ajustase a lo convenido, aprobarla y liberar al contratista o prestador.

En quinto lugar, el art. 1258 consagra una aplicación del principio según el cual las cosas crecen y perecen para sus dueños; por lo tanto, la parte que debía proveer los materiales necesarios para la ejecución de la obra o prestación del servicio soportará la pérdida o destrucción de ellos si hubiese ocurrido por caso fortuito. Esta solución opera como principio general y sin perjuicio de lo que más adelante señalaremos respecto del art. 1268, concretamente en lo relativo al contrato de obra (supuesto de destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega).

En sexto lugar, los arts. 1259 y 1260 regulan lo pertinente en caso de que alguna de las partes del contrato, sea de obra o de servicios, falleciese. Las soluciones son similares a las dispuestas en los arts. 1640 y 1641 del Código Civil.

En efecto, ante la muerte del comitente, salvo pacto en contrario o que la naturaleza de la obligación asumida haga imposible o inútil su continuación (por ejemplo, si el comitente falleciese luego de contratar la realización de una cirugía estética), no se extingue el contrato de obra y, a su respecto, los herederos deberán cumplir con todas las obligaciones asumidas.

Para el caso de la muerte del contratista o prestador del servicio, la regla es precisamente la inversa: en principio y salvo que el comitente aceptase continuar el contrato con los herederos de aquél, el contrato queda extinguido; se sobreentiende que ello será así en la medida en que, al momento de contratar, se hubiesen tenido en cuenta las cualidades personales de aquél.

Frente a este supuesto, el comitente deberá "...pagar el costo de los materiales aprovechables y el valor de la parte realizada en proporción al precio total convenido". Tal solución se explica por el principio que veda el enriquecimiento sin causa; en cuanto a la fijación del precio proporcional a la parte ejecutada, se ha dicho que debe estimarse de acuerdo a lo convenido en el contrato y no al hipotético valor de mercado del bien (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

Por último, el art. 1261 regula la posibilidad de que el comitente desista, en forma unilateral, del contrato celebrado y en ejecución. En efecto, dicha norma estipula que "el comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado...". Se trata de un supuesto excepcional (conf. art. 1077) de rescisión unilateral.

El desistimiento puede formularse en cualquier momento luego de perfeccionado el contrato: antes de comenzada la obra o, incluso, una vez iniciada la ejecución, contra el pago de la correspondiente indemnización; como se verá, esta facultad tiene sentido en el marco de la contratación denominada *por ajuste alzado* (esto es, la ejecución de una obra por un precio global) y no cuando se ha contratado *por unidad de medida*, caso en que el comitente, aunque desista, deberá pagar la unidades o piezas que se hubiesen finalizado.

Como adelantamos, a consecuencia de este ejercicio unilateral de la voluntad, el comitente deberá indemnizar: a) los gastos y trabajos realizados (*daño emergente*); y b) la utilidad que hubiera podido obtener por el acuerdo el contratista o prestador del servicio (*lucro cesante*); sobre este último rubro, el art. 1261 agrega que el juez podrá reducir equitativamente el monto indemnizatorio fijado para enjugar la utilidad esperada si la aplicación estricta de la norma condujese a una notoria injusticia.

2. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LAS OBRAS

Luego de establecer las bases normativas aplicables tanto al contrato de obra como al contrato de prestación de servicios, el Código Civil y Comercial delinea las características específicas del primero.

En primer lugar, los arts. 1262 y 1263 establecen pautas en relación con lo que se ha denominado *modalidades de contratación* en la locación de obra y que se refieren a los distintos mecanismos de fijación del precio o retribución. Ellas, que resultan de aplicación supletoria a lo dispuesto por las partes y los usos, son: a) por ajuste alzado (criterio aplicable por defecto y en el que, también ante la ausencia de disposición en contrario, se entiende que el contratista provee los materiales; conf. art. 1256, inc. c); b) por unidad de medida (criterio que presupone la divisibilidad de la obra), y c) por coste y costas.

El *ajuste alzado absoluto* implica la descripción y proyección de la obra así como la fijación de un precio que será *invariable*, puesto que se supone que el contratista ha evaluado el costo del proyecto así como las posibles variaciones que pudiese sufrir en el tiempo; si, dentro de este sistema, se reconociese, sin embargo, la posibilidad de ajustar el precio hasta un determinado tope o límite (precio máximo), se hablará de *ajuste alzado relativo*.

La versión *por unidad de medida* implica el fraccionamiento de la obra en etapas o unidades terminadas, a las que se les aplica un valor y que, en definitiva, deberá multiplicarse por la cantidad de unidades producidas. A este respecto, resulta aplicable el art. 1266, que señala que, cuando la obra fuese contratada a través de este sistema, "...sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede ser extinguido por cualquiera de los contratantes concluidas que sean las partes designadas como límite mínimo, debiéndose las prestaciones correspondientes a la parte concluida". Agrega el citado artículo que si se

designó un número de piezas o una medida total, el contratista deberá entregar esa cantidad o total y el comitente estará obligado a pagar la retribución que resulte de ello.

Esta redacción permite distinguir entre a) contrato por unidad simple (se conviene el precio por unidad, mas no el número total de ellas: en cualquier momento las partes podrían resolver el contrato, contra el pago de las unidades elaboradas); y b) contrato por unidad de medida propiamente dicho (en este caso, las partes han fijado el número total de unidades que comprenderá la obra, por lo que no podrían apartarse sin haberlas completado).

Por último, el sistema *por coste y costas* importa acordar un valor sujeto a las variaciones que pudiesen sufrir los materiales, el costo de la mano de obra (denominado *coste*) y, también, la utilidad o ganancia que espera obtener el contratista (elemento que suele identificarse con el concepto de *costas*). Bajo este sistema, el precio será, entonces, *determinable* y una asunción de riesgos por parte del comitente (art. 1263).

En segundo lugar, los arts. 1264 y 1265 abordan la cuestión atinente a la posibilidad de introducir variaciones en el proyecto de obra convenido así como a las diferencias de retribución surgidas como consecuencia de ello.

El art. 1264 fija la siguiente regla general: "Cualquiera sea el sistema de contratación [debe entenderse, los tratados en los párrafos anteriores], el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente...". Ello es así, salvo que existiesen modificaciones necesarias para ejecutar la obra de conformidad con las reglas impuestas por el arte y que no hubiesen podido ser previstas al momento de la celebración del contrato: son los denominados *trabajos imprevisibles* (SPOTA).

Esta norma, siguiendo los lineamientos del Proyecto del año 1998, prevé que si estas modificaciones son necesarias, deberán *comunicarse por escrito* al comitente, junto con la estimación del costo que ellas implicasen; si tales variaciones superasen en un 20% el valor originariamente acordado, el comitente se verá facultado a rescindir el contrato dentro del plazo de diez días (conf. art. 1077). En este caso, no se aplican las consecuencias previstas en el art. 1261 respecto del desistimiento unilateral por parte del comitente.

La última parte del art. 1264 permite al comitente, por su parte, "...introducir variantes al proyecto siempre que no impliquen cambiar sustancialmente la *naturaleza* de la obra" (el destacado es nuestro); ello, siempre y cuando el comitente abonase las lógicas y consecuentes diferencias de precio que tales modificaciones representasen.

El art. 1265 establece que, si como consecuencia de modificaciones que debiesen introducirse en el proyecto original (sean éstas autorizadas por el comitente, requeridas por él, o bien, derivadas de la aplicación del mencionado art. 1264), surgiesen diferencias entre las partes en torno a la retribución y no hubiese en el contrato un mecanismo previsto a esos efectos deberán las partes ocurrir ante la justicia para saldarlas.

En tercer lugar, los arts. 1267 y 1268 regulan supuestos de extinción del contrato por causas no imputables a las partes (art. 1267) o por destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega (art. 1268).

El primero de ellos establece que la extinción del contrato procederá cuando existiese imposibilidad, no imputable a ninguna de las partes, *de ejecutar o continuar la obra*: en este caso, el contratista tendrá derecho a obtener "...una compensación equitativa por la tarea efectuada". Dicha imposibilidad debe ser *definitiva*; caso contrario, solo importaría una prórroga respecto del plazo convenido o impuesto por los usos.

Esta disposición es similar a la contenida en el art. 1642 del Código Civil ([ley 340](#)) y podría darse, por ejemplo, ante la expropiación del inmueble donde debiese ejecutarse la obra. Frente a ello, la compensación que la norma acuerda al contratista implicará el pago por la tarea cumplida; si existiese desacuerdo entre las partes al respecto y no se hubiese establecido en el contrato un mecanismo para salvar la diferencia, corresponderá la intervención del juez.

El segundo de los artículos referidos prevé las reglas aplicables cuando se produjere la *destrucción o deterioro* de la obra por caso fortuito *antes de la entrega*. En este supuesto, cualquiera de las partes podrá dar por extinguido el contrato y: a) si el contratista proveyó los materiales y la obra se realizase en un inmueble

del comitente, el primero tendrá derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada; b) si la causa de la destrucción o del deterioro fuese la mala calidad o inadecuación de los materiales, no se deberá la remuneración pactada, aunque el contratista hubiese advertido de ello al comitente; y c) si el comitente estuviera en mora en la recepción de la obra al momento de la destrucción o del deterioro de una parte importante de ella, deberá abonar la remuneración pactada.

Este artículo tiene su antecedente en el art. 1630 del Código Civil ([ley 340](#)) y en el art. 1192 del Proyecto de 1998.

En este caso, se podrá producir la extinción como consecuencia de la destrucción o deterioro de una obra concluida. La regulación anterior establecía el principio de que el locador (contratista) no podía efectuar ningún reclamo si se destruía la obra por caso fortuito antes de haber sido entregada (salvo mora del comitente en recibirla o que la destrucción se hubiese producido por mala calidad de los materiales y esa circunstancia hubiese sido puesta en conocimiento del comitente; conf. art. 1630 del antiguo Código Civil).

Respecto de la cuestión, la doctrina discrepaba en torno a la solución justa para el supuesto en que el contratista fuese el proveedor de los materiales, la obra se llevase a cabo en un inmueble de propiedad del comitente y operase, a través del caso fortuito, la destrucción de la obra; es que, por el principio de adquisición del dominio por accesión, lo edificado en el inmueble del comitente se incorporaría a su patrimonio y, por tanto, sería éste quien debería cargar con las consecuencias del caso fortuito (aplicación de la regla de que las cosas crecen y perecen para sus dueños).

La regulación actual brinda una solución expresa para este punto en el inc. a del art. 1268: si el contratista proveyó los materiales y construyó sobre un inmueble del comitente, ante la producción del caso fortuito y la destrucción de la obra, tendrá derecho a su valor (se entiende, el de los materiales) y a una *compensación equitativa*, que deberán fijar los jueces de acuerdo a las circunstancias del caso. Como habíamos adelantado, este supuesto constituye una *excepción a la regla contenida en el art. 1258*, en el marco de las disposiciones generales aplicables a ambos contratos, y según la cual quien provee los bienes necesarios para la ejecución de la obra debe soportar su pérdida por caso fortuito.

El inciso b del art. 1268 se aparta del antecedente (Proyecto de 1998) e, incluso, adopta una postura más rigurosa que la contemplada en el Código Civil ([ley 340](#)); a saber, si la destrucción se produce por la mala calidad o inadecuación de los materiales, nada se debe al contratista *aún* cuando éste hubiese advertido de tal circunstancia al comitente. Es decir que, incluso cumpliendo con la obligación señalada en el inc. d del art. 1256, ningún reclamo sería atendible por parte del contratista. Cabe destacar que, siendo esta normativa derecho supletorio, podrá ser dejada sin efecto por las partes a los fines de establecer otro modo de distribuir los riesgos ante la producción del caso fortuito.

Por último, el inc. c del art. 1268 establece, como resulta evidente, que si el comitente es constituido en mora por no prestar la colaboración debida en orden a la recepción de la obra y se produce el caso fortuito y la destrucción de la obra, deberá pagar la totalidad de la remuneración pactada.

En cuarto lugar, el art. 1269 consagra, en cabeza del comitente (o de un tercero que actúe en su nombre) el *derecho a verificar* el estado de avance de la obra, la calidad de los materiales empleados y los trabajos efectuados.

Se trataba de una facultad admitida por la doctrina y la jurisprudencia, pero sin expresa recepción legal. Se ha entendido que comporta un *derecho* (y no una carga o un deber) y que, por lo tanto, no puede prohibirse o eliminarse por acuerdo de partes dado que desnaturalizaría los efectos del contrato (LORENZETTI).

Si bien el ejercicio del derecho de verificación puede realizarse "*En todo momento...*" deberá hacerse siempre y cuando "...no perjudique el desarrollo de los trabajos..." por lo que, en todo caso, deberán armonizarse los derechos de ambas partes en orden a establecer el modo en que será llevado a cabo.

En cuanto a los efectos de las inspecciones y verificaciones que realizase el comitente, cabe señalar que, si a partir de ello, hubiera aprobaciones parciales de los avances de la obra, vinculados con el modo de ejecutarla y con los materiales empleados, luego no podrá el comitente efectuar reclamos al contratista en relación con los trabajos así aprobados (ESPER). Si, por el contrario, el comitente hubiese guardado silencio al respecto, sólo podría equivaler a la conformidad con el avance de la obra y con los materiales utilizados si de

las circunstancias de la inspección pudiese concluirse en que pudo o debió haberlo advertido (por ejemplo, si fue acompañado por un profesional en la materia).

En quinto lugar, los tres artículos siguientes se ocupan de la cuestión concerniente a la recepción de la obra y los efectos de ello, según que hubiese vicios o defectos o que la obra se aceptase sin efectuar reservas.

El art. 1270 establece la regla general según la cual la aceptación de la obra se produce en los términos del art. 747 del CCC: "La recepción de la cosa por el acreedor hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y la calidad adecuada de la cosa, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la obligación de saneamiento".

Dicha disposición presupone la existencia de dos momentos o actos diferenciados: la aceptación y la entrega. La primera constituye un acto jurídico unilateral no formal mediante el cual el comitente exterioriza su conformidad con la obra realizada y, generalmente, implica un paso posterior a la entrega. Esta última, por su parte, constituye la conformidad con la tradición de la cosa.

De acuerdo con ello y lo normado por el citado art. 1270, la recepción de la obra sin reserva importa la aceptación tácita de ella y, por lo tanto, la liberación del contratista.

Como principio general, además, una vez aceptada la obra, el empresario queda libre de vicios y diferencias aparentes (es decir, de fácil comprobación): mientras los primeros son aquellos defectos que tornan impropia la cosa para su destino, las segundas importan una discordancia entre lo oportunamente convenido y el resultado (respecto de ellas se aplican las normas vigentes en materia de vicios o defectos; conf. art. 1271). Por su parte, según dispone el art. 1272, en su segunda parte, si se tratase de vicios que no afectaran la solidez de la obra ni la hiciesen impropia para su destino y, además, no se pactó un plazo de garantía (ni existe uno por imposición de los usos), al *aceptar* la obra el comitente, el contratista queda libre de responsabilidad por los *vicios aparentes*; en cambio, respecto de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, responderá en los términos y plazos previstos en relación con la garantía por saneamiento (art. 1054 y concordantes)

Sin embargo, ambos actos (recepción y aceptación) pueden no coincidir. En efecto, la aceptación y la recepción, si bien son actos habitualmente contemporáneos, podría ocurrir que el dueño inspeccionara la obra, aprobándola, pero dejándola en manos del empresario (aceptación sin recepción), o, por el contrario, que se produjera la recepción, pero con reservas e impugnaciones (esto es, recepción sin aceptación).

Aquí, cobra relevancia lo dispuesto por el art. 1272 en su primera parte; de este modo, si las partes hubieran convenido (o fuese de uso de acuerdo a la naturaleza de la obra) un *plazo de garantía* para que el comitente pudiese verificar la obra y comprobar su funcionamiento, la recepción *no hará presumir* la aceptación; tendrá, en este caso, carácter *provisional*.

Pueden, además, desprenderse algunas reglas en materia de responsabilidad a partir del sistema establecido en los arts. 1270 a 1272; concretamente: a) el contratista se libera de responsabilidad por los vicios y diferencias aparentes si la obra es recibida sin reservas por el comitente; b) ni siquiera responde el empresario por los vicios ocultos, una vez aceptada la obra, si el comitente, por sus cualidades profesionales, pudo haberlos advertido; c) tampoco responde el contratista por vicios jurídicamente irrelevantes (esto es, que no alcancen a configurar un vicio redhibitorio; conf. 1051, inc. b); lo mismo cabe decir respecto de las diferencias de similares características; d) por su lado, si la voluntad de las partes o los usos y costumbres separan el momento de la aceptación del de la recepción de la obra, el contratista no se libera por los vicios aparentes (menos aún por los ocultos).

En sexto lugar, los arts. 1273 a 1276 regulan el régimen aplicable al supuesto al que el Código Civil se refería en su art. 1646: la ruina de la obra.

En este caso, la norma no se circunscribe a la *ruina*, sino que aplica la garantía también para la hipótesis en que la obra se tornase *impropia para su destino*. En estos casos, el constructor sólo se libera demostrando la incidencia de una causa ajena, externa, no imputable, equivalente a un caso fortuito.

Las condiciones bajo las que puede solicitarse la aplicación del art. 1273 son: a) obra en *inmueble* destinada a tener *larga duración* (no se aplica a cosas muebles); b) daños que *comprometan su solidez* y que la hagan *impropia para su destino* (no es ineludible la existencia de ruina entendida como destrucción total: basta que se trate de un deterioro grave y esencial que impida a la obra cumplir la finalidad para la que fue construida); c) *inexistencia de una causa ajena* (ruptura del nexo causal) por la que el constructor no deba responder; y d) no constituirán causa ajena *ni el vicio del suelo*, como podría ser un suelo mal afirmado o inestable —aunque él perteneciese al comitente o a un tercero—, *ni el vicio de los materiales* —aunque no hubiesen sido provistos por el constructor—; ello es así, atento a las cualidades técnicas y profesionales con las que se supone que cuenta el contratista.

Se trata de un supuesto de responsabilidad contractual objetiva en el que el constructor responderá ante: a) el comitente; b) sus herederos y, eventualmente, c) los adquirentes a título singular.

En cuanto a la legitimación pasiva, esto es, quiénes deben responder por la ruina o inidoneidad de la obra, el art. 1274, establece que, en *forma concurrente* (conf. art. 850: varios deudores del mismo objeto en virtud de causas diferentes), la responsabilidad se extenderá a : a) toda *persona que vendiese una obra construida por ella*, si esa actividad constituye su profesión habitual (es decir, se requiere profesionalidad y habitualidad, si bien esta última puede, en algunos casos, permitir presuponer la primera); b) toda *persona que, en cumplimiento de un mandato, fuese el encargado de realizar la obra* por cuenta de otro; c) *toda subcontratista*, proyectista, director de la obra y cualquier otro profesional "...ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes" (es decir, todo quien hubiere intervenido en el marco de una posición contractual derivada del contrato principal; conf. art. 1069); cabe aclarar que, en este caso, cada uno de los eventuales subcontratistas responderá *según la causa del daño*: esto es, deberá tenerse en cuenta la causa eficiente del grave daño ocasionado al inmueble para determinar la medida de la responsabilidad (por ejemplo, si el vicio afectaba a los planos, respondería el arquitecto junto con el empresario, mas no, en principio, quien hubiese provisto los materiales).

Según el art. 1275, desde la aceptación de la obra (conf. arts. 1270 a 1272) comenzará a correr un plazo, de *diez años*, de *caducidad de la garantía* por ruina o inidoneidad de la obra. Este plazo puede ser ampliado por convención de las partes pero no disminuido porque la responsabilidad del contratista se considera de orden público y, por tanto, no permite dispensa contractual (LORENZETTI).

Reafirmando este último punto, el art. 1276 explicita que será *nula toda cláusula* que implique *dispensa o limitación* de la responsabilidad prevista para los daños que comprometiesen la solidez de una obra o la hiciesen impropia para su destino, en los términos de los arts. 1273 y 1274. En otras palabras, el régimen establecido en estos artículos constituye una regulación de orden público, un piso mínimo del que las partes no podrán desligarse; sí podrán, por el contrario y como es evidente, ampliar los términos de esta garantía (por ejemplo, como hemos visto, extendiendo el plazo de caducidad previsto en el art. 1275).

Desde la producción de la ruina o el evento que causa que la obra devenga impropia para su destino, comienza a correr, a su vez, el *plazo de prescripción anual* (conf. art. 2564, inc. c).

En séptimo y último lugar, entre las disposiciones especialmente aplicables al contrato de obra, el Código Civil y Comercial establece, en su art. 1277 (cuyo antecedente se encuentra en el art. 1647 del Código Civil—[ley 340](#)—), cuáles son las responsabilidades complementarias que surgen en cabeza del constructor y demás intervinientes en los contratos de obra.

En efecto, además del deber de observar las reglas atinentes al arte, ciencia o técnica, los profesionales que intervienen en una construcción —contratista o subcontratistas— se encuentran asimismo obligados a respetar las normas administrativas existentes en la materia (así, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, el Código de Edificación). En caso de incumplimiento y más allá de la responsabilidad que pudieren tener frente al comitente, el art. 1277 prescribe que son responsables "...incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones".

Así, se ha dicho, por ejemplo, que resultará responsable el empresario constructor como el director de la obra por todo daño causado culposamente como consecuencia de la construcción de paredes que oscurezcan la finca vecina en violación de normas reglamentarias, etc. (LORENZETTI).

3. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS SERVICIOS

Brevemente, el Código Civil y Comercial dispone, en dos artículos, la normativa específicamente aplicable al contrato de servicios.

En primer lugar, el art. 1278 prescribe la remisión a la Sección 1ª del Capítulo (Disposiciones comunes a los contratos de obra y servicios) así como también a las previsiones contenidas en la Sección dedicada a las *obligaciones de hacer* (esto es, aquellas que consisten, precisamente, en la prestación de un servicio o realización de un hecho).

El art. 1279, por su parte, regula lo concerniente al contrato de *servicios continuados* según que se trate de un contrato con plazo determinado o sin convención al respecto, en cuyo caso se entenderá que lo ha sido con plazo indeterminado.

Esto es, la norma prevé que, ante la ausencia de estipulación respecto del plazo, deberá considerarse la existencia de un plazo indeterminado, por lo que, en este caso, cualquiera de las partes podrá poner fin al contrato, dando preaviso con razonable anticipación a la otra parte, aplicándose, en lo pertinente, las reglas establecidas en el art. 1078 respecto de la extinción por voluntad de una de las partes.

CAPÍTULO XXI - CONTRATO DE TRANSPORTE. CON LA COLABORACIÓN DE GONZALO ROBLEDI VIANO

1. CONCEPTO

El hecho jurídico "*transporte*", que es el objeto de la principal prestación que caracteriza a este contrato, no es más que el desplazamiento geográfico de personas o cosas de un lugar a otro.

En forma coincidente con las definiciones doctrinarias, el Código Civil y Comercial de la Nación prevé que hay *contrato de transporte* cuando una parte (transportista o porteador) se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra (pasajero o cargador) asume la obligación de pagar un precio o flete (art. 1280).

La trascendencia económica de este contrato para el intercambio de bienes y servicios y el traslado de personas en virtud de los más variados fines es indudable. Con el desarrollo que ha experimentado en el mundo globalizado, podemos afirmar con GREGORINI CLUSELLAS que ningún bien o servicio resulta inalcanzable por la distancia, siendo ésta sólo un componente del costo final. Asimismo, el desarrollo de la ciencia y la técnica han posibilitado una considerable reducción del tiempo necesario para realizar los traslados, con el consiguiente de acercamiento real de las distancias existentes.

Más allá de que la actividad suele presentarse como complementaria o accesorio de otras, sus características justifican un tratamiento específico y autónomo.

2. CLASIFICACIONES DEL TRANSPORTE Y REGULACIÓN LEGAL

Sin perjuicio de la existencia de otros criterios, la clasificación del transporte según el *objeto transportado* y el *medio empleado* para efectuarlo adquiere relevancia toda vez que ellos pueden determinar la aplicación de regímenes legales disímiles.

Según su *objeto*, el transporte puede ser: a) de personas; o b) de cosas. Por las particularidades de la cosa o persona transportada pueden requerirse exigencias especiales, tal como ocurre en los casos de transporte de escolares, ambulancias de emergencias médicas, transportes turísticos (cap. V del [decreto 958/92](#)), valores en caudales, cargas peligrosas ([ley 24.051](#)), grandes bultos o cadáveres.

Según el *medio* empleado, pueden distinguirse: a) transporte terrestre; b) transporte marítimo o fluvial; y c) transporte aéreo.

Dentro del transporte terrestre podemos diferenciar a los dos más usuales: el ferroviario y el automotor. A la vez, todavía es factible observar el realizado mediante tracción animal en lugares subdesarrollados o de difícil acceso. También debe mencionarse, aunque limitado al ámbito de la ciudad de Buenos Aires, al transporte ferroviario subterráneo.

Las normas del Código de Comercio derogadas por la [ley 26.994](#) se enderezaban a legislar sobre el transporte realizado por tierra. Sin perjuicio de ello, el art. 206 extendía su ámbito de aplicación "a los transportes efectuados por medio de barcas, lanchas, lanchones, falúas, balleneras, canoas y otras pequeñas embarcaciones de semejante naturaleza".

En cuanto al *transporte automotor de pasajeros* por carretera que se desarrolla en la jurisdicción nacional debe destacarse la vigencia del [decreto 958/92](#). Su ámbito de aplicación se limita a: a) el transporte interjurisdiccional entre las provincias y la Capital Federal; b) entre las provincias; y c) entre los puertos y aeropuertos nacionales, entre ellos, entre cualesquiera de ellos y la Capital Federal o las provincias. Se excluye a la región metropolitana de la ciudad de Buenos Aires. Se establecen los recaudos para los operadores de los servicios, que deben estar inscriptos en un registro nacional y cumplir con una serie de recaudos en cuanto al material rodante y el cumplimiento del servicio. El transporte es clasificado en: a) servicios públicos; b) servicios de tráfico libre; c) servicios ejecutivos; y d) servicios de transporte para turismo. En cuanto al transporte automotor de cargas, rige en el ámbito antes mencionado la [ley 24.653](#), que establece los requisitos que debe cumplir todo el que realice dicha actividad.

El transporte ferroviario es regulado por la ley 2873 y el decreto 90.325/39 (reglamento general de ferrocarriles). Más allá de si el servicio se presta por el Estado o por concesionarios privados, la relación jurídica existente entre las partes del transporte es de carácter contractual y se rige por el derecho privado. El Derecho Administrativo sólo resulta aplicable a las relaciones existentes entre el Estado concedente del servicio con la empresa concesionaria.

Las normas previstas en el Capítulo 7 ("*Transporte*") del Título IV sobre los "*Contratos en particular*" del Libro Tercero titulado "*Derechos personales*" del Código Civil y Comercial, en principio, son aplicables cualquiera que fuera el medio empleado para realizar el transporte. Sin embargo, tal aplicación adquiere un carácter meramente supletorio en caso de existir leyes especiales (cfr. art. 1281).

En tal sentido, el *transporte marítimo o fluvial* está legislado por la [ley 20.094](#) de Navegación. Con respecto a los transportes mediante *pequeñas embarcaciones*, se ha señalado en doctrina que al derogarse el art. 206 del Código de Comercio todo el transporte por agua se regula por la Ley de Navegación primero, y luego por las normas del Código Civil y Comercial sobre el contrato de transporte (NALLAR y DE ARRASCAETA). Lo cierto es que continúa en vigencia el [art. 316](#) de la [ley 20.094](#) en cuanto prevé que: "Lo dispuesto en las Secciones 2ª a 5ª del presente Capítulo [De los contratos de utilización de los buques] no es aplicable a los transportes de efectos a realizarse en pequeñas embarcaciones. Hasta tanto se dicte una ley especial, se rigen por las disposiciones del transporte terrestre. No se aplica la excepción cuando ese transporte pueda considerarse integrante de una navegación a realizarse en embarcaciones mayores o equivalentes al que se realiza en éstas". Las normas referidas al transporte de personas se encuentran en la sección 6ª del capítulo aludido (arts. 317 a 353 de la ley cit.).

A todo evento, la determinación de la naturaleza de la embarcación no tiene reglas específicas, pues se trata de una cuestión de eminentemente fáctica que debe ser apreciada por el juez en el caso particular. Al

efecto, podrán considerarse las distancias recorridas, su motorización o no, su peso y demás características técnicas.

Por otro lado, el *transporte aéreo* es objeto de regulación en la [ley 17.285](#) (Código Aeronáutico), que disciplina la aeronavegación en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre. Rigiendo para el tráfico aéreo internacional la Convención de Montreal de 1999, en cuanto reemplaza a la Convención de Varsovia de 1929 y sus protocolos modificatorios.

Por último, el Código Civil y Comercial contempla que el *transporte multimodal* se regirá por la ley especial (art. 1281 *in fine*). Definido en la doctrina como aquel que se realiza como mínimo por dos modos diferentes de transporte en virtud de un contrato de transporte multimodal a través de un solo operador, con la emisión de un documento único y bajo su responsabilidad principal, desde el punto de origen hasta el lugar designado para su entrega; el transporte multimodal de mercaderías actualmente se encuentra disciplinado por la [ley 24.921](#).

3. CARACTERES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE

El contrato de transporte es bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, no formal, típico y nominado, de tracto sucesivo o continuado, de adhesión, de empresa y principal. Seguidamente repasaremos estos caracteres:

a) Bilateral

El contrato de transporte es *sinlagmático*, pues se generan obligaciones recíprocas para ambas partes (cfr. art. 966).

b) Oneroso

La onerosidad es un *elemento esencial* del contrato. De la propia definición legal brindada por el art. 1280 surge que una de las partes debe como contraprestación del transporte el pago de un precio, que es cierto y en dinero (cfr. art. 967). En caso de no existir precio, nos encontraríamos ante una relación atípica (vgr. transporte gratuito o benévolo) a la que no resultan aplicables las disposiciones referidas al contrato de transporte, a menos que éste fuera efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad (art. 1282).

c) Conmutativo

Ambas prestaciones (vgr. traslado y pago del precio) son determinadas al contratar y no dependen de un acontecimiento incierto (cfr. art. 968). Son conocidos por las partes los beneficios o ventajas que el contrato les habrá de deparar.

d) Consensual

El contrato se perfecciona desde el momento en que las partes manifiestan su consentimiento. Esto es, en el caso del transporte de cosas no se requiere su previa tradición al transportista para considerar que hay contrato.

e) No formal

Es factible celebrarlo por escrito o verbalmente, sin que sea menester solemnidad alguna al efecto de su validez. Incluso existen situaciones en las que se perfecciona en forma tácita (vgr. transporte automotor). No obstante, generalmente se instrumenta por escrito, formalidad que asume relevancia al efecto probatorio de

su celebración (cfr. art. 969 *in fine*). Asimismo, suelen emitirse distintos documentos vinculados con el negocio (vgr. carta de porte en el transporte de cosas) que también sirven como prueba de su existencia y contenido concreto.

f) Típico y nominado

El contrato de transporte goza de regulación expresa en los arts. 1280 a 1318 del CCC, así como en leyes especiales y complementarias (cfr. art. 970).

g) De tracto sucesivo o continuado

Las prestaciones recíprocas involucradas en el contrato no se realizan en un instante, tienen virtualidad durante un lapso temporal mayor o menor, según la índole del transporte y hasta su extinción.

h) De adhesión

Habitualmente, el transportista predispone las cláusulas contractuales mediante un formulario pre-impreso, cuyos términos no puede discutir el co-contratante, limitándose a aceptar o no contratar. Es decir, la instancia de una negociación preliminar se ve reducida en forma considerable cuando no totalmente ausente. Estas circunstancias cobran relevancia al momento de interpretar los términos del contrato al efecto de evitar la transgresión mínimos inderogables que involucran el orden público y han sido previstos con la finalidad de proteger a la parte no predisponente (*favor debilis*).

i) De empresa

En la actualidad, la actividad profesional del transporte requiere una organización empresarial para desarrollarse de manera adecuada. El ofrecimiento de los servicios al público en el curso del desarrollo de la actividad es esencial para su regulación por las normas específicas que prevé el Código Civil y Comercial (cfr. arts. 1282 *in fine* y 1283).

j) De colaboración

Por su función socioeconómica se establece una relación de colaboración o cooperación en la que uno de los sujetos presta su esfuerzo en la integración de la actividad productiva.

k) Principal

Este contrato no requiere de otro para tener vigencia jurídica y producir sus efectos, pues goza de autonomía jurídica. Sin perjuicio de ello, en variadas ocasiones se vincula con otros contratos (vgr. con la compraventa internacional, etc.).

Puede tratarse de transportes calificados (LORENZETTI) en los que el vínculo se halla inserto en una estructura contractual más amplia que le modifica aspectos esenciales. Es el caso de los transportes escolares, en los que influye el contrato educativo al que aquéllos sirven. También el del contrato de transporte de valores en caudales, que puede estar conectado con un depósito.

4. SUJETOS

Necesariamente hay dos partes intervinientes: a) *pasajero* o *cargador*, según se transporten personas o cosas; y b) *transportista* o *porteador*, también denominado transportador, acarreador o empresario.

En el transporte de cosas, pueden cobrar relevancia otros sujetos tales como el *destinatario* (también denominado usualmente como "*consignatario*"), que es la persona a quien la carga va dirigida. También puede intervenir un *comisionista de transporte*, esto es un intermediario a título oneroso de recibir las cosas del cargador, entregarlas al porteador y una vez transportadas, decepcionarlas de éste para ser entregadas al destinatario. Frente al cargador, los comisionistas asumen las obligaciones del porteador.

5. CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO

No existen normas específicas referidas a la capacidad para contratar, presupuesto del consentimiento. En numerosas oportunidades, dentro del marco del transporte de pasajeros se observan contratos celebrados por menores. Este tipo de acuerdos están comprendidos dentro de los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana, que se presumen realizados con la conformidad de los progenitores (cfr. art. 684).

El consentimiento se perfecciona, tal y como ocurre en la generalidad de los contratos, cuando la oferta (en este supuesto, de traslado) es aceptada. No siempre las manifestaciones de voluntad se producen de la misma forma, ello es contingente al tipo de transporte y demás circunstancias del caso particular.

En ocasiones, las manifestaciones no se producen simultáneamente, pues pueden plasmarse en forma sucesiva, y expresarse verbalmente, por escrito o de manera tácita (vgr. en el transporte de pasajeros cuando el transportado asciende al vehículo con el asentimiento del conductor). Las empresas transportistas realizan una oferta pública de sus servicios invitando a contratar, ya sea en forma tácita mediante la circulación por la calle (vgr. taxis y colectivos) o bien con publicidad dirigida a potenciales usuarios.

Una vez aceptada la oferta pública en forma expresa o tácita por alguno de sus destinatarios, se formalizará el contrato. En buena parte de los transportes de pasajeros el acuerdo se verifica con la expedición del pasaje o billete antes de la realización del traslado. Otras veces la documentación puede emitirse luego de comenzado el viaje, con el pasajero a bordo. En el transporte de cosas el consentimiento también puede ser verbal e incluso anterior a la entrega de la carga, o bien coincidir con la emisión de la carta de porte.

6. OBJETO

Enseña LORENZETTI que en este contrato la operación jurídica considerada es una colaboración gestoria de actos materiales consistentes en el traslado de una cosa o una persona contra el pago de un precio. Hay *colaboración* porque mediante el contrato una de las partes busca la cooperación de la otra para alcanzar una finalidad determinada que no puede obtener por sí misma.

En tal sentido, puede observarse que para el transportado el costo de oportunidad resulta demasiado alto para realizar el traslado por sus propios medios, razón por la que delega en otro (el transportista) por un precio inferior a lo que le costaría hacerlo por sí mismo. Asimismo, el transportista tiene la posibilidad de realizar profesionalmente muchos traslados, lo que le permite difundir el costo entre numerosos clientes, coadyuvando a una baja en el precio.

En concreto, lo que debe ser transportado son personas o cosas. Cuando se trata de las últimas, éstas deben ser transportables. En el transporte de personas, el pasajero tiene derecho a que se transporte en forma accesoria y gratuita su equipaje, siempre que cumpla con los límites de tamaño y peso correspondientes. El transporte en cuestión debe realizarse de forma que el equipaje no sufra daños y al respecto son aplicables las disposiciones sobre el transporte de cosas.

6.1. Precio

Se denomina *pasaje, flete, porte o tarifa* al precio que el pasajero o cargador paga por el transporte. Es la causa del contrato para el transportista, así como el transporte lo es para su contraparte. Por tanto, el incumplimiento de las prestaciones por una parte dará derecho a la excepción de incumplimiento a la otra.

Con habitualidad, en el caso del transporte de personas, el precio no es libremente establecido por las partes sino que existe intervención del Estado. El precio es fijado mediante tarifas que —por tratarse de un servicio público— deben ser aprobadas previamente por la autoridad competente. El pago puede realizarse antes del traslado en boleterías o al ascender al vehículo (vgr. buses, ferrocarriles) o una vez finalizado éste (vgr. taxis, remises, fletes). Suele consistir en una suma de dinero.

6.2. Plazo

Las prestaciones involucradas en el contrato deben realizarse dentro de un plazo determinado que convienen las partes. Este plazo es *esencial*, pues no es usual que alguien encargue un transporte para que una cosa o la persona transportada arribe a destino en cualquier momento o cuando el transportador pudiera efectuar el desplazamiento.

En virtud de ello, el incumplimiento del plazo produce la responsabilidad del transportador, que deberá resarcir los perjuicios ocasionados en conexión causal con el retardo o la inejecución.

7. FORMA Y PRUEBA

Como hemos mencionado, legalmente no se ha impuesto ninguna forma para el contrato de transporte. Sin embargo, los intereses involucrados han ido imponiendo su instrumentación por escrito.

Existen documentos típicos u propios del contrato, en la mayoría de los casos, de emisión voluntaria por las partes. En tal sentido pueden mencionarse: a) la carta de porte en el transporte terrestre de cargas; b) el conocimiento de embarque en el transporte de cargas por agua; c) el billete o pasaje en el transporte de pasajeros en general.

La finalidad principal de estos instrumentos es de carácter probatorio, pues en ellos constan las previsiones más relevantes del contrato, que serán de aplicación junto con las normas legales específicas. A las primeras deberán ceñirse las partes, en la medida que no se encuentre comprometido el orden público. No obstante, es oportuno aclarar que dichos instrumentos no son constitutivos del contrato, el que puede ser acreditado mediante otros medios fehacientes de prueba.

De emitirse la carta de porte, ésta se constituirá en un medio de prueba sumamente relevante del contenido de lo acordado en el transporte, siendo decisiva al momento de dirimir las controversias que se susciten entre las partes con motivo del contrato.

8. TRANSPORTE GRATUITO, TRANSPORTE BENÉVOLO Y TRANSPORTE CLANDESTINO

a) Transporte gratuito

Se puede definir al *transporte gratuito* como aquel en el que, por alguna razón establecida, se exime al pasajero o cargador del pago del precio o flete, sin que por ello queden excluidas las demás obligaciones y la responsabilidad contractual de las partes. Son numerosos los casos comprendidos en el supuesto bajo examen (vgr. escolares autorizados a viajar sin cargo, empleados del transportista que son beneficiarios de franquicias, menores de edad acompañados de un mayor que no pagan o sólo abonan parte del precio por el traslado, peones que acompañan una carga, cargadores habituales o pasajeros frecuentes que reciben bonificaciones, etc.).

En estos supuestos, la exención del pago es compensada por otras prestaciones que el transportista obtiene. En ciertos casos, la relación será manifiesta y directa (vgr. cargador o viajero frecuente, peón que acompaña la carga). En otros, como cuando se trata de dependientes de la empresa, será una de las prestaciones o beneficios a cargo del empleador. En el transporte gratuito de escolares o menores, por lo general, se trata de previsiones establecidas en las condiciones del servicio o en la propia ley.

En los términos del art. 1282 del CCC a estas hipótesis de transporte gratuito les resultan aplicables las normas referidas al transporte realizado a título oneroso mientras sean realizados un transportista que oferta sus servicios al público y en el curso de su actividad. Existe un contrato, pero se trata de uno *atípico* puesto que escapa a la definición de contrato de transporte establecida en el art. 1280, la que establece como uno de sus elementos esenciales el pago de un precio o flete.

Por el contrario, como veremos a continuación, cuando se trata de *transporte benévolo* o de *transporte clandestino* no nos encontramos dentro de la órbita contractual.

b) Transporte benévolo

Entendemos que el *transporte benévolo* es el realizado como favor o gentileza por quien no está organizado profesionalmente sin que exista de su parte un interés económico ni importe el cumplimiento de convención alguna (vgr. aquel que transporta a un amigo en su automóvil o el que accede en la carretera al pedido de un caminante para que lo acerque a un lugar). A diferencia del caso anterior, en este supuesto a la persona transportada se la suele denominar "*viajero*", en lugar de "*pasajero*".

LORENZETTI plantea que deben reunirse cuatro requisitos: a) un acto material de colaboración (el traslado); b) inexistencia de consentimiento expreso (si lo hubiera no habría dudas de que es un contrato); c) comportamientos lícitos (si el viajero se hubiera introducido ilícitamente habría transporte clandestino); y d) un acto de cortesía que motiva el traslado (si existe otra relación entre las partes que es causa del transporte podríamos ingresar en un supuesto de transporte gratuito).

En la doctrina, pueden observarse tres posiciones al respecto: a) *negatoria*: sostiene que no existe relación jurídica entre las partes ni acción reparatoria a menos que medie un delito; b) *contractualista*: la relación sería un contrato innominado, por la concurrencia de consentimiento y objeto, omitiendo que no se consiente contratar sino realizar un acto de cortesía; y c) *extracontractualista*: es la sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. En apoyo de la última cabe observar que si hubiera un contrato existiría una acción de cumplimiento para el viajero, quien debería poder exigir el traslado. Toda vez que tal no existe, al no mediar coercibilidad, no hay obligación.

Sentado que no hay contrato, la eventual responsabilidad emergente por daños producidos durante el traslado será extracontractual. En atención a los fines por los que se presta, suele señalarse en la doctrina que la indemnización correspondiente debe ser atenuada por razones de equidad, atendiendo la situación patrimonial del deudor.

La ley 20.094, en el marco de los transportes por agua, lo define como aquel "en que ocasionalmente se transporten personas y equipajes en forma gratuita, por quién con carácter habitual desarrolle aquella actividad" (art. 352). En cuanto a la responsabilidad del transportista benévolo, su art. 353 prevé que ésta se rige por las normas que regulan el transporte comercial por agua, siempre que el pasajero pruebe la culpa de aquél y con un límite de hasta la mitad de la suma fijada en la ley para el transporte comercial.

c) Transporte clandestino

El *transporte clandestino* es la imposición subrepticia de la prestación hecha por un pasajero (vgr. polizón) o del cargador que se introduce u obtiene transporte a su favor ocultando las cosas en la bodega. En este tipo de transporte está en la voluntad del transportado o del que introduce las cosas a trasladar que su presencia o la de aquéllas sea desconocida por parte de quien brinda el servicio. Es decir, lo que determina la clandestinidad es el ánimo del transportado, que se desprende de diferentes circunstancias tales como la ausencia del boleto de transporte, la falta de prueba suficiente para acreditar que se trataba de un transporte benévolo o gratuito, entre otros aspectos.

Tanto en el caso del transporte benévolo como en el clandestino, las partes no acordaron nada y su intención no fue obligarse recíprocamente. En el segundo supuesto ello resulta más flagrante, pues el transportista desconoce la existencia misma de la relación y, por tanto, no puede oponerse a ella y hacer observar las normas reglamentarias aplicables. En consecuencia, mal podría responder por el incumplimiento de la obligación de seguridad. La responsabilidad emergente, por tanto, será extracontractual.

9. COMPARACIONES CON OTROS CONTRATOS

El transporte de cosas guarda cierta similitud con el contrato de *depósito* en tanto el transportista asume una obligación de cuidar la cosa transportada mientras ésta permanezca en su poder y debe reintegrarla al finalizar la relación. No obstante, su prestación principal es el traslado. En el depósito no hay ninguna obligación de traslado. Por otra parte, el transporte se realiza sobre cosas y también personas.

Se ha pretendido, también, asimilarlo al *mandato*. Lo cierto es que el mandatario tiene como cometido realizar un acto jurídico concreto o varios de tal naturaleza, mientras que en el transporte la prestación esencial es un hecho o acto material: el traslado.

Suelen mencionarse en la doctrina ciertas semejanzas con las *locaciones*, ya sean de cosas, de servicios o de obra. En cuanto a las primeras, se menciona que el transportista loca el espacio en el que efectúa el traslado. En verdad, el transportado no recibe siquiera la tenencia de dicho espacio ni adquiere derechos sobre él y, por tanto, tampoco responsabilidad.

Entre la locación de servicios y el transporte se observa una nota diferencial fundamental. Mientras el locador asume un deber de diligencia (obligación de medios), el transportista se compromete a realizar una obligación de resultados que consiste en trasladar sanas y salvas a las personas o cosas al destino convenido.

Puede observarse una mayor afinidad con la locación de obra. En ambos casos, el locador y el transportista se obligan a lograr un resultado (*opus*). Sin embargo, el contrato de transporte ha desarrollado características propias y distintivas de una genérica locación de obra. Más allá de ello, no estimamos desacertado, en caso de insuficiencia de las normas sobre transporte, la aplicación supletoria de la normativa referida a dicho contrato. En similar sentido, apunta LORENZETTI que el transporte sería una modalidad de las locaciones de obra que, por su grado de desarrollo e institucionalización, se ha independizado en una legislación especial.

10. TRANSPORTE DE PERSONAS

10.1. Obligaciones del transportista

Debe *organizarse para prestar el servicio*, lo que implica establecer una estructura adecuada para cumplirlo en forma eficiente. Este deber resulta aludido por el art. 1283 del CCC pues, en el marco de un servicio brindado al público en general, la obligación de aceptar los pedidos compatibles requiere necesariamente de la disposición de medios para cumplir adecuadamente con tal actividad. En tal sentido, se le impone aceptar los pedidos que se presenten, excepto que exista un "*motivo serio de rechazo*", y realizar los transportes según su orden y cuando varios fueran simultáneos, dar preferencia a los de mayor recorrido. Todo ello en virtud de la configuración del transporte de personas como servicio público.

Dentro de este compromiso general están comprendidas una serie de obligaciones tendientes a proteger a los pasajeros o cargadores, la mayoría de ellas son comunes al transporte de personas y cargas.

Tal como señala GREGORINI CLUSELLAS, este deber involucra un conjunto de obligaciones que operan bajo un doble plano de responsabilidad, la contractual frente al pasajero o cargador, y la administrativa frente a la autoridad de aplicación, en cuanto resulte de los términos de la concesión del servicio o de la ley o reglamento que lo rige.

El transportista debe *trasladar al pasajero sano y salvo a destino*. Se trata de la prestación principal que asume e implica un deber de seguridad tendiente a asegurar la indemnidad e incolumidad del transportado. A su vez, ese traslado debe producirse en las condiciones convenidas, dentro del plazo establecido (cfr. art. 1284), por las rutas fijadas, otorgando las comodidades y el servicio ofrecido (cfr. art. 1289, inc. a) y adoptando todos los recaudos necesarios para garantizar la seguridad del pasajero (cfr. art. 1289, inc. c). La obligación debe cumplirse en los términos establecidos por las normas e impuestos por la buena fe.

En forma accesoria, también tiene la obligación de *transportar y custodiar el equipaje y efectos personales del pasajero* (cf. art. 1289, inc. d). Este deber complementa a la prestación principal y es parte integrante de la obligación de seguridad que abarca a la persona y bienes del transportado (v. también art. 1291). Para su análisis deben tenerse en cuenta las reglas aplicables al transporte de cosas.

El transportista tiene que asegurar sus riesgos y los de las personas y cargas que transporten, comprendiendo los riesgos de terceros (art. 10, inc. f, de la ley 12.346). La obligación comprende a todos los servicios públicos de transporte automotor por caminos que intercomuniquen a dos o más provincias o a éstas y la Capital Federal.

10.2. Obligaciones del pasajero

El pasajero debe *pagar el pasaje*, es decir, el precio del transporte (cfr. art. 1290, inc. a). Sin embargo, el incumplimiento de esta obligación no lo priva del carácter de pasajero ni de los derechos que como tal le corresponden, en la medida que fuera transportado en forma regular u ostensible, lo que excluye a los viajeros clandestinos. El transportista tiene la facultad de exigir el pago y, en su defecto, negarse a realizar el

transporte, obligándolo a descender del vehículo. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran corresponderle al pasajero incumplidor.

También debe cumplir con diferentes *obligaciones de colaboración* y las condiciones establecidas en el contrato o impuestas por la reglamentación. Ello implica no dificultar con su acción u omisión la prestación del servicio. En tal orden de ideas, cabe tener presente que el transporte comprende —además del traslado propiamente tal— las operaciones de embarco y desembarco (art. 1288). El pasajero tiene la carga de presentarse en el lugar y momento convenidos para iniciar el viaje (cf. art. 1290, inc. b). Si no lo hace, podrá perder su derecho al traslado. Asimismo, deberá cumplir las instrucciones dadas por el transportista en virtud de disposiciones legales y reglamentarias "*para el mejor orden durante el viaje*" (cfr. art. 1290, inc. c). En efecto, su ascenso y descenso debe realizarse por donde corresponde y sin demorar innecesariamente la partida, no debe circular ni entorpecer la circulación por los pasillos, tiene que acudir a los llamados previos al embarque, exhibir el billete cuando le fuera requerido, no fumar, etc.

También dentro de este grupo de obligaciones y en conexión con el equipaje, el pasajero tiene la carga de acondicionarlo a las medidas y pesos establecidos en la reglamentación (cf. art. 1290, inc. d). En caso contrario, suele preverse que deberá pagar un adicional en la medida del exceso.

10.3. Responsabilidad del transportista

Resulta pertinente diferenciar la responsabilidad según si el daño recae: 1) sobre la persona del pasajero; o 2) sobre su equipaje.

1) Daños a la persona del pasajero

El derogado art. 184 del Código de Comercio preveía la responsabilidad del transportista "*en caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril*", consagrando expresamente una obligación de seguridad a cargo de aquél. En forma pacífica, la jurisprudencia extendió la aplicación de la norma por analogía a todo el transporte terrestre.

En sentido concordante a dicha norma, el art. 1286 del CCC, en cuanto a los daños causados a las personas transportadas, remite a las normas relativas a la responsabilidad por daños derivados de actividad riesgosa (arts. 1757 y ss.). Al respecto, en cuanto interesa, el art. 1757 establece que toda persona responde en forma objetiva por las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Ello, sin perjuicio de que se trate de actividades cuya realización contaba con la debida autorización administrativa y no obstante que se hubieran cumplido las técnicas de prevención. Así pues, siendo el transportista quien realiza la actividad de traslado, se sirve u obtiene provecho de ella, ya sea por sí o por medio de terceros (cf. arg. art. 1758, 2º párr.). Existiendo un factor de atribución objetivo, el mentado cuerpo legal establece que "*el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*" (art. 1722).

La responsabilidad establecida es *contractual, objetiva, de orden público e integral o plena*. Comienza desde las operaciones de embarco y finaliza con el desembarco (cfr. art. 1288). Así en el transporte automotor se ha interpretado que comienza al momento en el que el pasajero alcanza el estribo y termina al descender completamente. En el transporte ferroviario y subterráneo, la jurisprudencia se inclina a considerar que el contrato se perfecciona al acceder al andén, luego de haber depositado o validado el boleto en el lugar respectivo (vgr. al trasponer el molinete o torniquete de acceso).

Es *contractual* porque su antecedente es el contrato de transporte. Ello conserva relevancia al efecto del plazo de prescripción de la acción.

Tiene carácter *objetivo* puesto que no se funda en la culpa sino en el riesgo profesional creado. El severo régimen adoptado pretende estimular a los transportistas para que adopten los recaudos necesarios respecto de los estándares de calidad del servicio, funcionamiento del material, capacitación del personal y cumplimiento de las normas legales y reglamentarias. A la vez, ampara a las eventuales víctimas al eximir las de la habitualmente compleja prueba de la culpa del transportista.

En efecto, existe una *presunción de causalidad* en cabeza del transportista. Éste tiene la carga de probar su ausencia de responsabilidad y sólo puede hacerlo si acredita la ruptura del nexo causal, esto es, una "*causa ajena*" en los términos del art. 1722 del CCC (vgr. caso fortuito o fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero por el que la empresa no sea responsable).

A título ilustrativo cabe señalar que por más intenso que sea un fenómeno climático (vgr. vientos, lluvia, inundación) es previsible y sólo podrá eximir de responsabilidad si adquiere una violencia extraordinaria, ajena y extraña al lugar del hecho en forma tal que aun adoptando precauciones útiles resulta irresistible para el transportista. Lo propio ocurre en actos de sabotaje, atentados terroristas o un asalto a mano armada. La orden de la autoridad estatal (vgr. resolución que anule una ruta o prive de la concesión al transportista) también podrá liberar de responsabilidad si asume los caracteres indicados.

El derogado art. 186 del Código de Comercio rechazaba como eximente de responsabilidad a la falta de material rodante. Tratándose de un hecho que no es ajeno a la actividad y que resulta previsible, consideramos que la solución se mantiene.

En cuanto al hecho de la víctima, para exonerar al transportista se ha requerido en la jurisprudencia que se erija en causa exclusiva del evento dañoso. En caso de que se trate de un factor concurrente para la producción del perjuicio sólo disminuirá la cuantía del resarcimiento en la medida de su gravitación. En ocasiones se consideró que el ascenso o descenso —incluso, el propio viaje— en forma antirreglamentaria se vincula con una *deficiente prestación del servicio* que fuerza a los pasajeros a trasladarse en condiciones inadecuadas, por lo que puede quedar excluido en el caso concreto que el hecho de la víctima sea causa ajena.

Los mismos conceptos resultan aplicables al hecho de un tercero ajeno a la empresa. En tal sentido, son abundantes en los repertorios jurisprudenciales los casos de objetos arrojados por terceros al vehículo de transporte que al impactar producen lesiones a los pasajeros. Al respecto, el transportista deberá acreditar que se trata de una circunstancia absolutamente imprevisible e inevitable. Por tanto, se ha considerado inviable la eximición de responsabilidad si el tercero actuó en la zona de las vías puesto que la obligación de seguridad de la empresa le exige custodiar el área. Un factor a considerar es si previamente ocurrieron hechos similares y si ante ellos se han tomado medidas preventivas.

La responsabilidad *de orden público* pues resulta inderogable por convención entre las partes. Al respecto, el art. 1292 fulmina con la nulidad a las cláusulas por las que se pretenda limitar la responsabilidad del transportista de personas en caso de muerte o daños corporales. Tal como apunta GREGORINI CLUSELLAS el carácter de servicio público, el interés social involucrado y la circunstancia de encontrarnos ante contratos de adhesión hacen inobjetable esta característica.

Por último, la reparación es *integral o plena* pues comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como el daño moral causado. Basta con que el perjuicio tenga relación de causalidad con el hecho y reúna los demás recaudos de la responsabilidad civil para que sea resarcible.

Distinto es el caso de los transportes por agua y aéreo, para los que la legislación especial prevé topes indemnizatorios máximos. En particular, la Ley de Navegación 20.094 establece que, a falta de un convenio especial entre las partes que fije un monto más elevado, la responsabilidad del transportador por los daños resultantes de la muerte o lesiones corporales de un pasajero se limita a la suma de mil quinientos argentinos oro (cfr. art. 331).

De modo similar, también es aplicable una limitación cuantitativa a la responsabilidad del transportador aéreo. En el transporte de personas, con relación a cada pasajero el tope es de mil argentinos oro (cfr. art.

144 del Cód. Aeronáutico). Para el caso del transporte internacional, deberá estarse a lo previsto en el Convenio de Montreal de 1999 en el que la República Argentina es Estado-parte tras su aprobación por [ley 26.451](#), en la medida que reemplaza al Convenio de Varsovia de 1929.

En el caso de la responsabilidad del transportador aéreo, cabe destacar que lo que se establece es una *obligación de resultado atenuada* (ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA), pues no tendrá responsabilidad si acredita que él y sus dependientes tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas (cfr. art. 142 del Cód. Aeronáutico). Es decir, debe probar su actuación diligente.

2) Daños al equipaje

En el caso de pérdida o deterioro de los efectos que el pasajero lleva consigo rige como principio que la responsabilidad es la misma que le cabe al transportista de cosas (art. 1293). Es decir, la responsabilidad — como veremos— es objetiva y sólo excusable si el transportista acredita que el daño fue causado por mediar causa ajena (cfr. art. 1286, 2º párr.).

Sin embargo, el art. 1294 exige de responsabilidad al transportista si se dan dos requisitos: a) objeto de valor extraordinario; y b) no declarado antes del viaje o al comenzar éste.

Tampoco hay responsabilidad objetiva del transportista por la pérdida o daños ocasionados al equipaje de mano y demás efectos que hubieran quedado bajo custodia del pasajero (cfr. art. 1294, 2º párr.). En este caso, el pasajero deberá acreditar que el perjuicio se originó por culpa del transportista. Con lo que ingresamos en un supuesto de responsabilidad subjetiva.

También existen límites establecidos para el transporte por agua. No están cubiertos los objetos de gran valor si no fueron entregados en depósito (cfr. [art. 335](#) de la [ley 20.094](#)). A falta de convención expresa que los eleve, se establece que el transportador no responde por valores superiores a ciento cincuenta o cien argentinos oro, según se trate de la pérdida o daños sufridos en el equipaje guardado en la bodega o que tenga el pasajero bajo su guarda, respectivamente. Reduciéndose la cifra a ochenta y cincuenta argentinos oro para los casos de transporte fluvial. Por último, si se trata de pérdida o daños sufridos por vehículos transportados el tope máximo es de trescientos cincuenta argentinos oro (cfr. art. 337 de la ley cit.).

En el supuesto de transporte de mercancías y equipajes por vía aérea, la limitación asciende a dos argentinos oro por kilogramo de peso bruto en el transporte de mercancías y equipajes, limitándose la responsabilidad por los objetos cuya guarda conserva al pasajero hasta cuarenta argentinos oro (cfr. art. 145 del Cód. Aeronáutico).

11. TRANSPORTE DE COSAS

11.1. Obligaciones del transportista

El transportista, porteador o acarreador de cosas también tiene la obligación de *organizarse para el servicio*, al igual que ocurre en el caso del transportista de personas. En el caso, debe instrumentar un sistema de recepción de cargas seguro y conforme al estándar aplicable a la actividad.

Más allá de que, por su ubicación dentro de la Sección 1ª sobre "*Disposiciones generales*", el art. 1283 del CCC pareciera imponer —no sólo al transportista de pasajeros sino también al de cargas— la obligación de "*aceptar los pedidos compatibles con los medios ordinarios de que dispone*" es razonable interpretar que tal deber sólo existe en el ámbito del transporte de pasajeros. Ello porque su carácter de servicio público (art. 1º de la ley 12.346 y normas análogas) justifica una intervención regulatoria del Estado tendiente establecer la obligatoriedad del servicio. Pero su aplicación al transportista de cosas sería contraria a la plena libertad de contratación y tráfico que rige al sector en particular y a los contratos en general (cfr. arts. 1º de la ley 24.653 y 958 del CCC).

El porteador debe *recibir las cosas* a ser transportadas. En dicha oportunidad, debe controlar que la carga se encuentre correctamente embalada y cumpla con las normas reglamentarias en cuanto a peso y medidas. En este sentido, en presencia de bultos cerrados podrá proceder a revisarlos. La recepción de las cosas sin efectuar reserva alguna hace presumir que ellas no adolecían de vicios aparentes y estaban bien acondicionadas para el traslado (cfr. art. 1306).

Al momento de la recepción, el transportista tiene derecho a requerir al cargador que suscriba un documento datado en el que deben constar la descripción de los efectos (vgr. calidad genérica, peso, medida o número de los bultos, marcas o signos exteriores, clase, si estuvieran embalados: calidad del embalaje), el importe total del flete (precisando si está o no cancelado), el plazo en el que debe realizarse el traslado, documentación necesaria y demás circunstancias del contrato (vgr. nombres y domicilios del cargador, del acarreador o comisionista de transportes, el de la persona a quien o a cuya orden se han de entregar los efectos, si la carta no fuera al portador). El instrumento en cuestión se denomina "*carta de porte*" y su emisión importa el recibo de la carga (art. 1298). A su vez, el cargador tiene la facultad de solicitar que se le extienda una copia de dicho documento (*segundo ejemplar*) suscripta por el transportista.

El segundo ejemplar de la carta de porte puede ser emitido bajo tres modalidades: a) nominativo; b) a la orden o c) al portador. Ello varía la forma de transferirlo. En caso de ser nominativo será menester realizar una cesión, si fuera a la orden deberá endosarse, mientras que si fue emitido al portador bastará su simple tradición. Excepto en el primer caso, el documento en cuestión opera como un verdadero título circulatorio o de crédito.

Para el supuesto en el que no hubiera carta de porte, el cargador puede exigir al transportista que le entregue un recibo de carga denominado "*guía*", con el mismo contenido que hubiera tenido aquélla de haber sido emitida (art. 1300).

Tanto la carta de porte como la guía cumplen una doble función. Por un lado, se trata de un instrumento probatorio del contrato y de su contenido concreto. Por otro, representan el título de propiedad de las cosas transportadas.

En cualquiera de los dos supuestos y en aras de facilitar la circulación de los instrumentos, es de resaltar que las estipulaciones que no se encuentren contenidas en el segundo ejemplar de la carta de porte o en la guía no son oponibles a los terceros no son oponibles a los terceros portadores de buena fe (art. 1301).

El acarreador tiene que realizar el *traslado* de la carga encomendada, es su obligación principal. El traslado debe realizarse dentro del plazo convenido o, en su defecto, del que resulte de la ley, reglamentos o usos del lugar. El transportista debe ceñirse al itinerario convenido, respetando la ruta prevista a menos que se encontrara intransitable u ofreciera riesgos, puesto que de no mediar una justificación del apartamiento del plan de viaje original incurriría por los daños ocasionados por ello a la carga transportada. El derogado Código de Comercio preveía atinadamente en su art. 186 que si nada se hubiese acordado sobre el recorrido, podía el transportista elegir el que más le acomodara, siempre que se dirigiera vía recta al punto donde debía entregar los efectos. Tal lineamiento brinda un parámetro razonable para evaluar la conducta del acarreador.

En conexión con lo expresado, si no se hubiera extendido el segundo ejemplar de la carta de porte ni la guía, el art. 1302 del CCC reconoce al cargador la disposición de la carga y, por tanto, éste podrá modificar las instrucciones dadas al transportista, debiendo asumir claro está la obligación de reembolsar los gastos y

resarcir los daños derivados de ese cambio. Si, por el contrario, se hubieran emitido los documentos mencionados, la legitimación para ejercer esa facultad de variar sólo le corresponderá al portador legitimado de cualquiera de ellos. En ese orden de ideas, las nuevas instrucciones que impartiera al transportista deberán anotarse en el instrumento y ser suscriptas por aquél (art. 1303).

El acarreador debe *cuidar* los efectos transportados, lo que se encuentra vinculado con la obligación de seguridad cuya asunción caracteriza al contrato. La carga debe ser entregada en el mismo estado en el que la recibió y sólo será posible la exoneración de responsabilidad al respecto si logra acreditar que la modificación obedeció a causa ajena (cfr. art. 1306).

Asimismo, está obligado a *requerir instrucciones* al cargador en caso de que el comienzo o la continuación del transporte se vieran impedidos o excesivamente retrasados por una causa que no le resulte imputable (cfr. art. 1307). El mismo requerimiento debe efectuar si el destinatario no pudiera ser encontrado o se rehusara a recibir la carga (cfr. art. 1308). En ambos casos, debe custodiar la carga y, si las circunstancias impidieran el pedido de instrucciones puede depositarlas. En caso de que fueran perecederas o sujetas a un rápido deterioro podrá hacerlas vender a fin de evitar que pierdan su valor.

Está obligado a *realizar la entrega en el lugar de destino*. La entrega debe realizarse al destinatario o al tenedor del segundo ejemplar de la carta de porte o la guía, según el caso, a quien deberá exigirle que acredite su identidad. El documento en cuestión deberá ser facilitado al transportista al momento de llegar la carga a destino y contra la entrega de ésta (arts. 1301 *in fine* y 1305). Señala GREGORINI CLUSELLAS que se entiende que la obligación de entrega implica una razonable diligencia para verificar que ella se haga a la persona indicada y no a manos de un impostor, con la consiguiente responsabilidad si incumple, incluyéndose en esta obligación la de dar aviso al destinatario que las cosas se encuentran a su disposición.

En efecto, en los términos del art. 1305 la carga deberá ponerse a disposición del destinatario en el lugar, plazo y con las modalidades convenidas en el contratos o, en su defecto, por los usos.

El porteador tiene la obligación de cobrar al destinatario los créditos propios o los que el cargador le hubiera encomendado recolectar contra entrega de la carga, así como la de exigir el depósito de la suma convenida (art. 1309 *a contrario sensu*).

Además, puede *requerir del destinatario la apertura y reconocimiento* en el acto de recepción de la carga. Si éste se rehúsa u omite hacerlo, el porteador queda liberado de responsabilidad, a menos que hubiera mediado dolo de su parte (art. 1314, 2º párr.).

Por último, al igual que ocurre en el transporte de personas, debe *asegurar sus riesgos y los de las cargas que transporte*. Esta obligación comprende los riesgos de terceros (cfr. art. 10 de la ley 24.653 sobre transporte automotor de cargas).

11.2. Obligaciones del cargador

Se lo constriñe a entregar la carga a ser transportada en el tiempo y las condiciones establecidas por el contrato, las leyes o los reglamentos, y en su defecto por los usos. En particular, el art. 1296 le impone declarar el contenido de la carga, identificar los bultos externamente, presentarla adecuadamente embalada e indicar el destino y el destinatario. El suministro de información sobre los efectos transportados tiene una relevancia fundamental para el caso de que éstos requirieran cuidados particulares (vgr. transporte de medicamentos, alimentos, productos inflamables, sustancias tóxicas, etc.).

En relación con lo anterior, debe proporcionar al transportista la *documentación necesaria para realizar el traslado*. En ese orden de ideas, si se requieren documentos especiales se debe hacer entrega de ellos al porteador en forma simultánea a las cosas a transportar de forma que se eviten futuras complicaciones en la operatoria. Como corolario de lo apuntado, el cargador será responsable de los daños que sufran el

transportista, otros cargadores o terceros, que deriven de la omisión o inexactitud de las indicaciones o de la falta de entrega o irregularidad de la documentación vinculada con la carga (cfr. art. 1297).

En el supuesto de impartir *nuevas instrucciones* durante el viaje, debe abonar los costos ocasionados por ello.

Tiene que *pagar el flete o precio* del transporte, a menos que se hubiera convenido que la cancelación del monto involucrado la realizaría el destinatario. Sobre el particular cabe apuntar que el porteador —como acreedor de una obligación cierta y exigible— tiene *derecho de retención* de la cosa transportada hasta el pago de lo adeudado en razón del transporte (cfr. arg. art. 2587). Concordantemente, en los términos del art. 2582, inc. d, tiene un *privilegio especial* sobre la cosa por el monto adeudado. Lo que razonablemente comprende no sólo el monto del precio sino los gastos en los que debió incurrir para evitar averías y daños.

En caso de que no pueda darse inicio al transporte o completarse por un hecho del cargador (o bien del portador del segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía), el transportista tendrá derecho al precio o a la parte proporcional de éste que correspondiera según el caso y a ser reembolsado por los gastos adicionales en que hubiera incurrido (art. 1316).

11.3. Obligaciones del destinatario

El destinatario o consignatario debe *pagar el flete* si no se convino lo contrario. En este orden de ideas, sólo le corresponderán los derechos nacidos del contrato de transporte si cancela lo adeudado en tal concepto (art. 1304). En caso contrario, el porteador gozará del derecho de retención y privilegio especial mencionado en el punto anterior.

Asimismo, debe *retirar los efectos transportados* dentro de los plazos convenidos o establecidos reglamentariamente. Al respecto, cabe señalar —no obstante— que no está obligado a recibir las cosas con daños que impidan el uso o consumo que le son propios (art. 1306 *in fine*). A tal efecto, el destinatario tiene derecho a comprobar, o hacer comprobar a su costo, antes de la recepción de las cosas su identidad y estado (art. 1314). No es menester que la carga presente algún signo exterior de avería para ejercer esta facultad y verificar el estado físico y de conservación de las cosas. Las pérdidas o averías obligarán al porteador a reembolsar los gastos con ellas vinculados. Concordantemente, el legislador faculta al porteador a exigir la apertura y reconocimiento de la carga por el destinatario y, en caso de negativa u omisión de realizarlas, libera de responsabilidad al transportista a menos que éste hubiera incurrido en una maniobra dolosa.

Es que una vez realizada la recepción y realizado el pago de lo debido al acarreador quedan extinguidas las acciones derivadas del contrato, excepto dolo. En tal sentido, el destinatario sólo conserva por los cinco días posteriores a la recepción las acciones por pérdida parcial o avería no reconocibles al momento de la entrega (art. 1315). Es decir, si la carga tiene alguna señal de daño en su parte externa, el consignatario debe reclamar por ello al momento de la entrega.

11.4. Responsabilidad del porteador

En lo concerniente a sus fundamentos y caracteres, la responsabilidad del transportista de cargas es similar a la derivada del transporte de pasajeros. Esto es, se trata de una responsabilidad contractual, objetiva e inderogable de orden público. Como veremos, se diferencia en que, tratándose de cosas y no de personas, se admiten ciertas limitaciones al carácter integral o pleno del resarcimiento de daños.

La responsabilidad del porteador se inicia en el momento en el que recibe las cosas y concluye sólo cuando realiza la entrega. Excepto en el caso de pérdidas parciales o averías no reconocibles a la entrega, supuesto en el que el damnificado dispone de un plazo de caducidad de cinco días para plantear su reclamo (cf. art. 1315 *in fine*).

En principio, es factible distinguir tres supuestos: a) retardo en la realización del transporte; b) avería o detrimento de la carga; y c) extravío o pérdida.

Cuando hay *retardo* incurre en responsabilidad el porteador por no poner la carga a disposición del cargador o del destinatario (según el caso) en el plazo convenido. Una vez configurado el retardo, el perjudicado —en los términos del art. 1285— dispone de dos acciones: a) una por disminución o pérdida del flete, según la entidad del atraso; y b) otra por el mayor daño que acredite haber sufrido.

En el primer supuesto, se sanciona al transportista con la pérdida total o parcial del flete según la índole del retardo si éste no acredita que el tiempo adicional que le insumió realizar el traslado tuvo como origen una causa ajena. Si el tiempo insumido para cumplir fuera el doble de lo pactado en el contrato, el acarreador perderá la totalidad del flete. Si la demora fuera menor al doble, deberá calcularse en forma proporcional la disminución del precio que corresponde al caso. Al efecto de calcular dicha proporcionalidad, deberá aplicarse la siguiente fórmula: $F (\text{flete}) * R (\text{retardo}) / 2 * T (\text{tiempo}) = P (\text{pena})$. Podemos graficar el asunto con un ejemplo: si el flete convenido fuera de mil pesos y el retardo de seis horas y se pactó que el traslado debía realizarse en dentro de las veinticuatro horas, la penalidad aplicable al transportista ascendería a \$ 125 (vgr. $[\$ 1000 * 6 \text{ hs.}] / [2 * 24 \text{ hs.}] = \$ 125$). El reclamo no requiere protesta, no está sujeto a caducidad y no requiere la acreditación de que se hubieran sufrido daños. Es por ello que tanto doctrina como jurisprudencia mayoritarias interpretan que nos encontramos ante una *pena* determinada en virtud del hecho objetivo del retardo y no ante una indemnización.

Claro está que la aplicación de la penalidad reseñada, no inhibe al damnificado de efectuar el reclamo del mayor daño ocasionado. Pero, en tal caso, se aplicarán las reglas comunes de la responsabilidad. Por consiguiente, el daño deberá ser fehacientemente acreditado en cuanto a su entidad y su vinculación causal con el retardo experimentado.

Entendemos por *avería* o *detrimento* a toda alteración que sufra la calidad de la carga. Puede ser: a) parcial, si sólo se ocasiona una disminución en el valor de los efectos; o b) total, si los efectos quedaran inutilizados para su venta o consumo. En el primer caso, responderá por el menoscabo experimentado; en el segundo, el destinatario no estará obligado a realizar la recepción y el transportista deberá indemnizar el valor de las cosas.

Consideramos que, más allá de la derogación del art. 181 del Código de Comercio, si entre la carga averiada existiesen piezas en buen estado, que resultasen separables sin perjudicar a las unidades, sin provocar la división en partes de un mismo objeto, o desmembrar un juego, el destinatario podrá recibir las piezas sanas y, en todo caso, reclamar por las restantes.

Dentro del concepto analizado cabe examinar el caso de la *merma* de la cosa. Ésta consiste en la disminución en su cantidad, peso o medida durante el transporte, que puede deberse a su propia naturaleza o a otras causas. Si se trata de una pérdida natural, tal como ocurre con los vicios propios de la cosa (cfr. art. 1286 *in fine*), el transportista no debe responder. Sólo deberá hacerlo si se acredita que la disminución excede la pérdida natural. En ese sentido, el cargador o el destinatario deben probar que ello no ocurrió por la naturaleza de las cosas o que, por las circunstancias del caso, dicho deterioro natural no pudo alcanzar la magnitud comprobada (art. 1312). Será trascendente al efecto realizar un deslinde de la incidencia causal de otros factores en el deterioro (vgr. manipulación por el personal del transportista, derrame, acción de roedores, mal estado del vehículo, etc.).

La *pérdida* o *extravío* de la carga es su ausencia en el destino del transporte o la falta de conocimiento de su paradero. Tal como ocurre con las averías, puede ser total o parcial, y le resultan aplicables las consideraciones anteriormente expresadas al respecto.

Como señaláramos, el legislador ha juzgado oportuno *limitar* la responsabilidad del transportista de cosas. En tal sentido, para el cálculo del daño en caso de *avería* o *extravío* de la carga el límite de la indemnización está dado por el valor de las cosas o de su menoscabo (si la pérdida o avería fueran parciales) "*en el tiempo y*

el lugar en que se entregaron o debieron ser entregadas al destinatario" (art. 1311). Ello implica que se excluye indemnizar el mayor daño, es decir, aquel que exceda el valor de las cosas y el lucro cesante ocasionado.

Por otra parte, si bien el art. 1313 del CCC prohíbe la introducción de cláusulas limitativas de la responsabilidad en el contrato para quienes "*realizan habitualmente servicios de transporte*", admite una sola excepción consagrada en el art. 1310. Es el caso de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, o bien si se trata del traslado de animales o de transportes especiales, aquí se admite que las partes pacten que el transportista sólo responderá si se acredita su culpa. No obstante, se subordina la validez de la cláusula a que ésta no sea una cláusula general predispuesta. Por tanto, en los casos citados, las partes podrán convenir puntualmente la transformación de la responsabilidad objetiva que hubiera pesado sobre el acarreador en una subjetiva donde a éste le basta acreditar su diligencia para exonerarse.

12. TRANSPORTES SUCESIVOS O COMBINADOS

En ambos casos interviene más de un transportista y puede tratarse tanto del traslado de cargas como de pasajeros.

A la luz de la letra del art. 1287, pueden distinguirse dos supuestos según si el transporte es asumido en un único contrato o no lo es.

En el primer caso, todos los transportistas responden solidariamente por los perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la correspondiente acción de reintegro contra el responsable puntual.

En el segundo, cada uno de los transportistas deberá resarcir los daños producidos durante el tramo concreto del recorrido que se obligó a realizar en virtud de la autonomía de los distintos contratos involucrados. Sin embargo, tal regla queda sin efecto en el caso de que no pudiera determinarse dónde ocurrió el daño, supuesto en el que el legislador adhiere a la tesis de la solidaridad mencionada en el caso anterior.

Para el transporte de pasajeros efectuado en forma sucesiva por distintos transportistas, en virtud de lo dispuesto por art. 1295 —que determina que si se produce una interrupción los daños originados por ella deben establecerse en razón del trayecto total— se ha interpretado que se consagra la responsabilidad de todos ellos (NALLAR y DE ARRASCAETA).

Debe tenerse presente que si el transportista se obliga a entregar la carga a otro porteador y no acepta una carta de porte hasta un destino diferente al de tal entrega, se presume que su responsabilidad como tal concluyen con dicha entrega y sólo tiene la obligación de "*emplear una razonable diligencia*" en la contratación del transportista siguiente (art. 1317).

El art. 1318 del CCC reconoce el derecho de cada transportista sucesivo de hacer constar en la carta de porte o en un documento separado el estado en que recibió las cosas transportadas. Previéndose, asimismo, que el último transportista tiene la representación de los demás para el cobro de sus créditos y el ejercicio de sus derechos sobre las cargas transportadas.

13. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Las causales de extinción del contrato son las generales. El modo normal es el *cumplimiento*, que se verifica cuando las partes cumplen sus obligaciones y el pasajero llega a destino o la carga es entregada. En tal supuesto el contrato finaliza por el agotamiento de sus efectos. Sin perjuicio de lo señalado, en ciertos casos (vgr. pérdidas o averías no advertibles a la entrega) quedan subsistentes garantías que se revelan en el período poscontractual.

Cualquiera de las partes puede *rescindir unilateralmente* el vínculo. Es habitual que en el transporte de pasajeros se prevea que éste perderá una parte del precio, según la oportunidad en la que devuelva el pasaje y manifieste su voluntad de desistir del viaje. También es admisible la rescisión bilateral (distracto).

Tal y como ocurre en cualquier contrato bilateral con prestaciones recíprocas es aplicable la *resolución por incumplimiento* regida por las normas generales.

En caso de que el transporte deviniera imposible por causa ajena al transportista se resolverá en forma inculpable el contrato, pero éste deberá reembolsar a su contraparte el precio abonado.

14. PRESCRIPCIÓN

El Código Civil y Comercial ha unificado el plazo de prescripción del reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas en dos años (art. 2562, inc. d). En el caso del transporte de pasajeros, correrá desde el día en que concluyó o debió concluir el viaje. Por su parte, en caso de pérdida total o parcial de los efectos transportados empezará el día de la entrega o aquel en que debió verificarse. Mientras que en los supuestos de avería y retardo, será desde la fecha de entrega de las cosas.

En cambio, cuando se trata de un transporte gratuito no efectuado por un transportista que ofrezca sus servicios al público en el curso de su actividad, toda vez que el art. 1282 excluye la aplicación de las normas del capítulo referido al contrato de transporte, resultará aplicable —a falta de una norma especial— el plazo genérico de cinco años previsto en el art. 2560. Lo propio ocurre en los supuestos vinculados con el llamado *transporte benévolo*.

Con respecto a los contratos de transporte marítimo o fluvial y aéreo deberá estarse a los plazos establecidos en la Ley de Navegación y el Código Aeronáutico, respectivamente.

CAPÍTULO XXII - MANDATO. CON LA COLABORACIÓN DE JUAN A. RIVA

1. DEFINICIÓN Y CARACTERES

Históricamente, el mandato siempre se encontró vinculado con la idea de una comisión o encargo determinado que una persona realizaba a favor de otra; además, ya desde sus orígenes en el Derecho romano, se entendió como un contrato de cooperación entre el mandante y el mandatario en virtud del cual éste prestaba a aquél su oficio o trabajo, en forma altruista (de ahí su raíz como contrato naturalmente gratuito), para realizar un negocio o acto determinado en interés del mandante. Siempre se basó, por tanto, en una relación de confianza y amistad entre las partes (ESPER).

Esta figura contractual tiene aplicación para una multiplicidad de funciones y actividades cuando una persona, por motivos de comodidad, necesidad o conveniencia, encarga a otra la realización de uno o de una serie de actos jurídicos de administración, disposición o conservación en su interés y, a veces, en su nombre.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial unifica y otorga precisión al contrato de mandato, que tenía regulación autónoma en el Código Civil ([ley 340](#)) y en el Código de Comercio.

Además, si bien doctrinariamente ya se había hecho la distinción entre las figuras de la representación, el mandato y el poder, nuestra legislación era muy confusa a ese respecto. Por ello, y teniendo como antecedentes los proyectos de reforma anteriores (en lo sustancial, lo dispuesto en el Proyecto de 1998), el actual Código Civil y Comercial sistematizó aquellos fenómenos jurídicos; así, trató la representación y el poder en el Título dedicado a los hechos y actos jurídicos, y el mandato en el Título dedicado a los contratos en particular.

Debe recordarse que nuestro Código Civil ([ley 340](#)) había omitido, en la sección dedicada a los hechos y actos jurídicos, una teoría general de la representación, materia que había sido legislada con relación al contrato de mandato, cuyas reglas se extendían a las demás representaciones legales o voluntarias por aplicación del art. 1870 de dicho Código.

De esta forma y en lo esencial, el mandato ha especificado sus características como contrato (independizándose del concepto de representación) y ha dejado de presentar dos variantes o modalidades (civil y mercantil), para quedar sometido a una sola regulación legal.

Ahora bien, la definición legal del contrato es la que proporciona el art. 1319: "Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra".

Esta definición adopta una clara postura respecto de una cuestión debatida y que encontraba fundamento en la regulación anterior (art. 1869 del CC): esto es, la de establecer si es de la esencia del contrato de mandato la existencia, a su vez, de representación. Es que, en efecto, el art. 1869 del CC señalaba que el contrato de mandato tenía lugar cuando "...una parte da a otra el poder, que ésta acepta, *para representarla*, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza" (el destacado es nuestro).

La representación surge cuando un individuo (representante, sujeto de la declaración de voluntad) ejecuta un negocio jurídico en nombre de otro (representado, sujeto del interés), de modo que el negocio se considera como celebrado directamente por este último, y los derechos y obligaciones emergentes del acto celebrado por el representante pasan inmediatamente al representado (FONTANARROSA). Según LLAMBIAS, *representante* de alguien en un acto jurídico es la persona que en virtud de una autorización legal o convencional, *actúa en nombre de otra*, ejerciendo prerrogativas jurídicas de ésta.

Cabe distinguir: mientras *actuar por cuenta ajena* (o en interés ajeno) significa actuar para satisfacer fines o intereses de otro, aunque la actuación se realice en nombre propio; *actuar en nombre ajeno* significa hacer saber al tercero a quien se dirige una declaración de voluntad, que la actuación tiende a vincular a otro, aunque en último análisis esa actuación pueda venir a satisfacer un interés propio (FONTANARROSA).

Como consecuencia de ello y tal como se adelantó, cuando quien actúa, por más que intervenga *en interés o por cuenta de otro*, lo hace sin *representación* (esto es, sin actuar en nombre ajeno), se obliga personalmente con el tercero.

Separados, entonces, los conceptos de representación y mandato, cabe hacer una breve referencia a otro fenómeno jurídico estrechamente vinculado con ellos: el *apoderamiento* u otorgamiento de poder. Esto es, ni más ni menos que la *autorización* que, unilateralmente, el representado concede al representante para la celebración de actos jurídicos en su nombre, determinando, en *esepoder*, el contenido y los límites de esa autorización (FONTANARROSA).

Pues bien, la regulación actual de la figura, recogiendo las críticas y distinciones doctrinarias, separa claramente el ámbito del contrato de mandato del fenómeno de la representación; ello así, desde que estipula como distintivo del contrato la realización de uno o más actos jurídicos *en interés de otro*, pero sin que se encuentre implicada, necesariamente, la actuación en nombre ajeno (dato definitorio del fenómeno de la representación y que se encontraba incluido en los conceptos que antes traían tanto el Código Civil como el Código Comercial al definir el mandato).

En suma, puede decirse que el mandato es el contrato por el cual una parte (denominada *mandatario*), realiza, en interés de otra (denominada *mandante*), uno o más actos jurídicos (esto es, todos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato adquirir, modificar o extinguir relacionales o situaciones jurídicas; conf. art. 259). No es de la esencia del mandato, por tanto, la actuación en nombre ajeno; además, y en cuanto al objeto, también resulta extraño a su naturaleza la realización de actos materiales o intelectuales (a diferencia, por ejemplo, de los contratos de obra o servicios).

Otro dato relevante es que, en el marco de esta figura contractual, se presentan dos órdenes de relaciones: 1º) las que surgen del contrato de mandato entre mandante y mandatario; y 2º) las que, como consecuencia del cumplimiento de la manda (realización de actos jurídicos), surgen entre los terceros y el mandante directamente (si en el caso se trató de un mandato representativo) o entre los terceros y el mandatario (si en el caso este último actuó sin representación y, por tanto, a nombre propio).

Ahora bien, en relación con el punto concerniente a la representación, el actual Código Civil y Comercial, como anticipamos, expresamente contempla una doble posibilidad: a) que el mandante otorgue representación al mandatario (art. 1320); y b) que el mandante no otorgue representación alguna al mandatario (art. 1321).

En el primer supuesto, el mandante apodera al mandatario y, a través de ello, le confiere la potestad de actuar en su nombre y, por tanto, obligarlo a él personalmente. En este caso, el CCC estipula (en la primera parte del art. 1320) que rigen, prioritariamente, las disposiciones de los arts. 362 a 381 (representación voluntaria), esto es, las que reglan el vínculo entre representante (mandatario, en el caso) y representado (mandante, en el caso); y, luego, las normas del Capítulo que fija las normas del contrato de mandato.

En el segundo supuesto, el mandatario, al actuar sin representación, actúa, frente a terceros, en su propio nombre y, por tanto, se obliga él mismo frente a ellos (sin perjuicio de las obligaciones y derechos contraídos por disposición del contrato de mandato). A este respecto, el art. 1320, segundo párrafo, dispone que, aunque no hubiera representación, a las relaciones entre mandante y mandatario (relación interna) se aplicarán, también, las reglas contenidas en los arts. 362 a 381, en todo lo que no resulten modificadas por el Capítulo dedicado al contrato de mandato.

Además, el art. 1321 reafirma cuáles son las *consecuencias* de la actuación *sin representación*: el mandatario, en este caso, si bien actúa *en interés* del mandante, lo hace en nombre propio y, por lo tanto, el mandante no queda obligado directamente respecto del tercero, ni éste respecto del mandante; sin embargo, "...el mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante". Esto último, que apunta a la realidad que subyace a la actuación del mandatario que no cuenta con representación (y quien, en definitiva, actúa para satisfacer una necesidad del mandante), autoriza al mandante a subrogarse en las acciones que tuviere el mandatario contra el tercero y, a su vez, a éste en las acciones que el mandatario tuviera contra el mandante. Cabe señalar que la norma habla de subrogación (arts. 739 a 742) y no de acción directa (clausurando una discusión que existía bajo el régimen vigente con anterioridad).

En cuanto a sus caracteres, el contrato de mandato es: a) por principio, bilateral (salvo acuerdo de partes); b) por principio, oneroso (salvo acuerdo de partes); c) consensual; d) conmutativo; y e) generalmente, se trata de un contrato de confianza.

Respecto de la bilateralidad y onerosidad, debemos prestar particular atención a lo dispuesto por el art. 1322. Esta norma, a diferencia de lo que podía predicarse del régimen anteriormente vigente (el mandato civil era, por naturaleza, gratuito; mientras que el comercial era, por naturaleza, oneroso) establece que el contrato de mandato se presumirá oneroso; esto es, el mandatario tendrá derecho a exigir una retribución u honorario por su actuación.

Agrega la norma aludida que, en caso de falta de acuerdo sobre la retribución que deberá pagar el mandante, se recurrirá a las disposiciones legales o reglamentarias aplicables a la materia de que se trate (por ejemplo, ley de arancel de abogados) o a las que surjan de los usos y costumbres. Sólo a falta de cualquiera de ellas, la retribución deberá determinarla un juez.

2. ELEMENTOS

En primer lugar, respecto de la *capacidad*, el art. 1323 recoge una regla que ya estaba contenida en la anterior regulación (art. 1897 del CC, [ley 340](#)): el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz, en la medida en que, de acuerdo con la definición del anterior art. 1869 del CC, el mandato era del tipo representativo y, por tanto, el acto que realizaba el mandatario se reputaba efectuado por el propio mandante.

Por lo tanto, en el régimen actual, la regla del art. 1323 sólo puede entenderse aplicable al supuesto ahora regido por el art. 1320 (mandato representativo) y no cuando el mandato no confiere representación al mandatario (arts. 1319 y 1321), pues en ese caso, se estaría encomendando al incapaz un acto que no podría realizar en nombre propio con el tercero.

En cuanto a los efectos del contrato de mandato celebrado con un mandatario incapaz (a quien, cabe aclarar, se le aplican las prescripciones contenidas en los arts. 23, 24, 25, 26, 32 y concordantes), la norma aludida implica un supuesto particular de aplicación del principio general establecido en el art. 1000 del CCC: así, la parte incapaz será la legitimada para oponer la nulidad del contrato, salvo respecto del reclamo que pudiese iniciar la otra parte con invocación del principio que veda el enriquecimiento sin causa ("...excepto la acción de restitución de lo que se ha convertido en provecho suyo").

Cabe señalar que el mandato puede ser conferido a una o varias personas; en este último caso, según lo dispone el art. 1326, se entenderá, salvo pacto en contrario (imponiendo, por ejemplo, la actuación conjunta de todos los mandatarios), que estos últimos pueden desempeñarse conjunta o separadamente. Esta norma es claramente diversa de la anterior (art. 1899 del CC, [ley 340](#)) que disponía, como principio general y salvo excepciones, que si en el instrumento se designaba a varios mandatarios, debía entenderse que sólo podía ser aceptada (desempeñada la manda) por uno de ellos (actuación individual).

En segundo lugar, en cuanto al *consentimiento*, cabe hacer referencia a la segunda parte del art. 1319. Dicha norma señala, en ese apartado, que: "El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella".

Este párrafo da cuenta, conforme el criterio general del Código Civil y Comercial, del carácter consensual del contrato y reitera los principios que traían los arts. 1873 y siguientes del Código Civil en cuanto a la formación del consentimiento en el mandato. En la actualidad, de acuerdo con los términos del art. 1319, son aplicables las reglas que surgen de los arts. 262 a 264: a) manifestación expresa de la voluntad, esto es, oral, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art. 262); b) manifestación tácita de la voluntad, es decir, cuando resulte de los actos por los cuales se la pudiese conocer con certidumbre (salvo que la ley exija una manifestación expresa); y c) a través del silencio, si es que existe un deber de pronunciarse (que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes).

Además de hacer referencia a ello, la segunda parte del art. 1319 refiere unos supuestos particulares de manifestación tácita de la voluntad en el contrato de mandato ("Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo" y "La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella") que podrían haberse omitido atento la remisión a las reglas generales.

Cabe agregar que, conforme el art. 1324, último párrafo, aun en caso de no aceptar el mandato, el mandatario queda obligado, si ha rechazado un encargo que "...fuese de los que, por su oficio o modo de vivir, acepta él regularmente...", igualmente deberá adoptar las medidas conservatorias urgentes e indispensables en orden a evitar perjuicios al mandante; se trata, en suma, de un deber fundado en la buena fe y que opera como modalidad de la libertad de contratar que posee el mandatario (conf. art. 958).

En tercer lugar, en cuanto al *objeto* del contrato de mandato, como ya hemos adelantado, la ley lo circunscribe estrictamente a la realización de actos jurídicos, entendiendo por tales a todos los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas (conf. art. 259); esta amplitud no es sino consecuencia de la extinción de la división entre actos civiles y comerciales así como de la categoría actos de comercio. Cabe agregar que queda excluido, como objeto posible del contrato, la ejecución de tareas materiales o intelectuales (a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en los contratos de obra o servicios, donde, precisamente, este tipo de trabajo es el que se encarga).

3. EFECTOS: OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En Código Civil y Comercial regula, en un único artículo, el cúmulo de obligaciones del mandatario. Al respecto, y sin olvidar que en esta materia rigen las reglas generales estipuladas para el representante (art. 362 y concordantes) así como que en este capítulo rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (por lo que ellas podrían modificar, sin desnaturalizar la esencia de la figura, las obligaciones que la ley prescribe para este contrato; conf. 958), la regulación actual contiene un catálogo similar al que, si bien en forma más extensa, traía la legislación anterior.

3.1. Obligaciones del mandatario. Sustitución del mandato

Para el caso del mandatario, el actual Código Civil y Comercial reduce y simplifica el extenso articulado que dedicaba el Código Civil para tratar este punto (arts. 1904 a 1940) así como también el que contenía el Código Comercial (arts. 225, 226, 228 y 229). Examinaremos, pues, los distintos incisos del art. 1324.

En primer lugar, el Código Civil y Comercial establece la obligación del mandatario de ejecutar el cometido encargado por el mandante y aceptado por él, de acuerdo con las instrucciones u órdenes que el primero le hubiese dado. Asimismo, debe hacerlo sin violentar los límites de la función asignada (inc. a).

En cuanto al deber de conducta que la ley impone en orden al cumplimiento del encargo, se establece que el mandatario deberá hacerlo con el cuidado que pondría en sus propios asuntos y, en su caso, el que surja de las reglas de la profesión o de los usos vigentes en el lugar de ejecución del mandato. Es decir que la ley fija una pauta subjetiva de actuación ("...el cuidado que pondría en sus propios asuntos...") y, luego, dos parámetros de naturaleza objetiva ("...el exigido por las reglas de la profesión, o por los usos del lugar de ejecución"); en su caso, deberá el juez determinar el adecuado equilibrio entre una y otras a los efectos de ponderar el cumplimiento, por parte del mandatario, de esta obligación.

En segundo lugar, los incisos b y c, establecen el deber de informar al mandante respecto de diversas circunstancias relacionadas con el cumplimiento del encargo.

El inc. b impone al mandatario la obligación de avisar al mandante respecto de cualquier suceso, sobreviniente a la celebración del contrato de mandato, que pudiese tener incidencia sobre las instrucciones recibidas; ello, a fin de que el mandante pueda rectificarlas o ratificarlas. Dicho aviso, según la norma, debe ser *inmediato*: pese a la ausencia de precisión respecto del punto, debe entenderse que el mandatario debe comunicar en un *tiempo razonable* de conformidad con las circunstancias del caso (gravedad del evento, posibilidades del mandatario, etc.). En cuanto a la *forma* del aviso, el silencio de la ley sobre el punto debe ser interpretado en el sentido de que rige el principio general de la libertad de formas (art. 284).

Este inciso también impone al mandatario, en una circunstancia como la descrita (suceso que impacta sobre las instrucciones recibidas), la obligación de *adoptar las medidas indispensables y urgentes* que la situación requiriese, en orden a evitar todo perjuicio sobre el interés del mandante.

El inc. c, por su lado, especifica un supuesto que bien podría haberse entendido incluido en la descripción más general del inciso anterior. En efecto, la norma impone al mandatario el deber de *informar* al mandante respecto del surgimiento de todo *conflicto de intereses* (típicamente, entre los suyos y los del mandante) que pudiese surgir, así como de toda otra circunstancia que pudiese llevar al mandante a modificar o revocar el mandato. La vinculación entre ambos incisos se advierte, por lo demás, en que en este supuesto también, la ley exige que la comunicación del conflicto o circunstancia acaecida deberá hacerse sin demora (equivalente a la notificación *inmediata* del caso anterior).

Cabe agregar en este punto, que el art. 1325 prescribe que, si existiese conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, este último deberá posponer los suyos en la ejecución del mandato o, en su caso, renunciar. Por tanto, frente a este supuesto, el mandatario deberá informar al mandante (art. 1324, inc. c) y, además, dejar de lado sus intereses y privilegiar los del mandante. En caso de que no pueda o no quiera, deberá renunciar, de acuerdo a lo que veremos al examinar el art. 1332.

Esto es consecuencia de los deberes que surgen en cabeza del mandatario como consecuencia de la aplicación del régimen general de la representación voluntaria (art. 372), incluso cuando aquél actuase en nombre propio (conforme lo dispone el art. 1320, 2º párrafo). Sin embargo, por el principio de autonomía de la voluntad y no encontrándose comprometido el orden público, el mandante podría autorizar expresamente el negocio aún frente a un supuesto de conflicto de intereses.

En tercer lugar, el inc. d establece la tradicional *obligación de guardar reserva* respecto de la información que el mandatario hubiese recibido con motivo del mandato y que, por su naturaleza o circunstancias del caso, no estuviese destinada a la divulgación.

En torno al cumplimiento de este deber inherente al mandato, el mandatario podría apreciar, según las características del caso, qué información reúne estos requisitos y, en caso de duda, deberá inclinarse por resguardar la información recibida.

En cuarto lugar, el inc. e también regula una *obligación de información*: el mandatario debe *poner en conocimiento* del mandante de todo valor (esto es, dinero, efectos, cosas, papeles de comercio, etc.) que hubiese recibido en razón del mandato y *ponerlo a su disposición* (es decir, entregarlo o remitirlo). Claro está que, en lo concerniente al cumplimiento de este punto, también deberán aplicarse particularmente las instrucciones recibidas por el mandatario o las que fuesen aplicables en razón de las reglas de la profesión o los usos del lugar de ejecución del mandato.

En quinto lugar, el inc. f contiene la tradicional obligación de *rendir cuentas* que pesa sobre el mandatario "...en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato". A diferencia de lo que se interpretaba que acontecía con anterioridad (LÓPEZ DE ZAVALÍA), la obligación de rendir cuentas puede resultar exigible también *durante* la vida del contrato, y no solo a su finalización.

El art. 1334 precisa los alcances de esta obligación. Se dispone allí la remisión a los principios generales en la materia: Sección 11ª (Rendición de cuentas) del Capítulo 3º (Clases de obligaciones) del Título Primero (Obligaciones en general); esto es, allí donde se define en términos genéricos la rendición de cuentas y se precisan las reglas de este instituto.

Puntualmente, la rendición de cuentas es la explicación detallada y documentada por el mandatario, de la gestión que se estuviese llevando a cabo, o, en su caso, que se hubiese finalizado. Sin perjuicio de la rendición de cuentas al concluir el mandato, puede haber también rendiciones de cuentas parciales (en las oportunidades convenidas).

Debe ser hecha *por escrito* y, salvo pacto en contrario, con las *modalidades estipuladas en el art. 859*; ésta constituye la diferencia esencial entre la presente obligación y el deber de información genérico establecido en los incs. b, c, e y h del art. 1324, respecto de los que rige, como se señaló, la libertad de formas. Asimismo, excepto estipulación expresa de las partes, debe ser realizada en el domicilio del mandatario (deudor) y los gastos que ella generase se encontrarán a cargo del mandante.

Si bien en el Capítulo correspondiente al contrato de mandato la ley nada dice al respecto, por aplicación del art. 860, el mandatario podría ser dispensado de la obligación de rendir cuentas; de acuerdo con ello, por tanto, no está interesado el orden público en su cumplimiento.

En sexto lugar, el inc. g obliga al mandatario a entregar al mandante las ganancias obtenidas del negocio encargado. La norma establece, además, que si el mandatario hubiese utilizado, en provecho propio, sumas de dinero recibidas de terceros en la ejecución de la manda, deberá devolver dichas sumas con más los intereses moratorios desde el momento en que las utilizó (no es necesaria la constitución en mora en tanto se produce automáticamente). Cabe señalar que el presente inciso, para ser interpretado correctamente, debe leerse sin la coma que sigue a la expresión "intereses moratorios" (conforme su antecedente, art. 1247, inc. g, del Proyecto de 1998).

En séptimo lugar, el inc. h también establece una obligación que surge como derivación del deber genérico que tiene el mandatario de informar al mandante. En este caso, el mandatario tiene el deber de informar, en los momentos establecidos en el contrato o ante la petición del mandante, de todas las circunstancias que rodeasen la ejecución del encargo. No es necesario el cumplimiento de ninguna formalidad específica para que el mandante ejercite este derecho; rige, por tanto, el principio de libertad de formas.

Para cumplir adecuadamente, el mandatario deberá expedirse en un *plazo razonable* (salvo indicación expresa del mandante) y deberá regirse por lo pactado en el contrato, las circunstancias del caso, las exigencias de la profesión y los usos vigentes en el lugar de ejecución del mandato.

En octavo lugar, el inc. i impone al mandatario la obligación de: a) exhibir al mandante, cuando éste lo exigiese y de acuerdo con las modalidades señaladas en el inciso anterior, toda la documentación vinculada con el encargo encomendado; y b) entregar, de acuerdo con las circunstancias, toda la documentación que correspondiese.

Desarrolladas las obligaciones del mandatario, cabe hacer especial referencia al supuesto contemplado por el art. 1327. En dicha norma el Código Civil y Comercial trata lo relativo a la *sustitución del mandato* por parte del mandatario y establece los principios generales que deben regir en el caso.

La sustitución puede darse como consecuencia de una *cesión del contrato* o de la posición contractual (arts. 1636 y siguientes) o como *subcontrato* (art. 1069 y siguientes); cabe señalar que, por principio, si la persona del deudor (mandatario) resultase esencial para el cumplimiento del contrato (conf. arts. 776 y 1070) o estuviese presumida (como generalmente lo está en este contrato) una relación de confianza entre mandante y mandatario, no sería factible la sustitución.

Sin embargo, esas reglas generales ceden ante la práctica negocial y la norma particular. Así, se permitirá la sustitución cuando: a) las partes, en uso de su libertad de contratación, hubiesen pactado esa posibilidad a favor del mandatario; y b) en caso de ausencia de una previsión como esa, el Código Civil y Comercial igualmente permite, por principio, al mandatario sustituir en otro sujeto (sustituto o submandatario) la ejecución del encargo conferido.

Dentro de esta materia suele distinguirse, como se dijo, el caso de la *cesión de la representación* (cuando el mandante autorizó la sustitución e indicó la persona en quien debía hacerse; conf. primera parte, *in fine*, del art. 1327), donde el mandatario quedará directamente desobligado; del caso del *submandato* (cuando el mandatario está autorizado a sustituir sin que se indique en quién puede hacerlo o cuando esa autorización está implícitamente contenida en el contrato), donde el mandatario permanecerá obligado con el mandante.

Cuando se produce la sustitución, se generan los siguientes efectos: a) el mandatario será responsable por la *elección* del sustituto y también, salvo que hubiere quedado desobligado por tratarse de un caso de cesión de la representación, por su *actuación* en el negocio; b) las relaciones entre el mandatario y el sustituto se regirán por el contrato celebrado entre ellos, por las normas supletorias del contrato de mandato, por las estipulaciones del contrato principal en lo pertinente y por los usos aplicables; c) existirá una acción directa entre mandante y sustituto (art. 1327), así como entre sustituto y mandante (conf. art. 1071, inc. b), regida por los arts. 736 a 738; d) el mandante, si la sustitución no era necesaria, no estará obligado a pagarle retribución alguna al sustituto; e) el mandatario será responsable directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir o cuando la sustitución era innecesaria.

3.2. Obligaciones del mandante

Por su parte, el art. 1328 establece las obligaciones que pesan sobre el mandante. Como en el caso anterior, se han mantenido (aunque simplificando su redacción), los deberes que, tradicionalmente, se encontraban a cargo del mandante.

En este caso, el Código Civil y Comercial resume las numerosas disposiciones que traía el Código Civil (arts. 1941 a 1959) y el Código Comercial (art. 227). Examinaremos, entonces, los diversos incisos del art. 1328.

En primer lugar, el mandante se encuentra obligado: a) suministrar al mandatario todos los medios necesarios para la correcta ejecución del encargo encomendado; y b) a compensar, en su caso, los gastos razonables que el mandatario hubiese debido realizar como consecuencia de ello.

La obligación de *suministrar los medios necesarios* debe entenderse como equivalente a poner a disposición, entregar, enviar o hacerle llegar al mandatario todos los elementos indispensables (documentos, valores, cosas, etc.) para lograr la ejecución del mandato conforme lo pactado o impuesto de acuerdo a la naturaleza del negocio. De otro modo, habría una conducta culpable por parte del mandante.

Por su parte, son requisitos de la obligación de *compensar* los gastos realizados: a) que el mandatario exija, en cualquier momento, el reembolso (o la compensación); b) que los gastos fuesen razonables (lo que dependerá de las circunstancias del caso); c) que hubiesen sido realizados por el mandatario con el objeto de cumplir la gestión (esto es, que estuviesen vinculados con la finalidad del contrato). Se ha entendido (ESPER) que se debe no sólo el capital, sino también los intereses de los gastos efectuados (arg. art. 1324, inc. g) y que, por aplicación del régimen general (art. 2587 y siguientes), el mandatario podría recurrir, por el incumplimiento de esta obligación, al ejercicio de un derecho de retención sobre las cosas del mandante que se hallasen en su poder.

En segundo lugar, el inc. b obliga al mandante a *indemnizar* por todos los daños que hubiese sufrido como consecuencia de la ejecución del encargo, en la medida en que no fuese imputables al propio mandatario. Genéricamente y siguiendo la línea del anterior art. 1954, se entenderá que es un perjuicio ocasionado por la ejecución del mandato sólo a aquel que el mandatario no habría sufrido de no haber aceptado el encargo.

En tercer lugar, el inc. c establece la obligación que pesa sobre el mandante de liberar al mandatario de las obligaciones asumidas frente a terceros; ello, debe entenderse en el marco de la nueva regulación que adopta esta figura contractual en el esquema del Código Civil y Comercial. En efecto, dado que, conforme lo normado por los arts. 1319, 1320 y 1321, es de la esencia del mandato la actuación *en interés ajeno*, sea que hubiese representación o sin ella, el mandante deberá, ante la ausencia de representación y habiendo actuado el mandatario en *nombre propio*, desobligarlo de los compromisos asumidos frente a los terceros como consecuencia de la ejecución del encargo.

Deberá, por tanto, proveerle los medios necesarios a esos fines: dinero, valores, papeles de comercio, etc.

En caso de que el mandatario hubiese actuado *en nombre ajeno* (por tanto, en representación del mandante), este último deberá liberarlo de aquellas obligaciones que hubiere asumido *personalmente* a los efectos de ejecutar el encargo.

Por último, dado que el mandato, en la actual regulación del Código Civil y Comercial, se presume oneroso (art. 1322), el inc. d del art. 1328 establece la obligación del mandante de pagar al mandatario la *retribución establecida en el contrato* y, conforme con lo dispuesto en el citado art. 1322, ante la falta de estipulación expresa al respecto, deberá la que pudiese surgir de disposiciones legales específicas (por ejemplo, ley de aranceles de abogados y procuradores), de los usos vigentes o, finalmente, la que pudiese fijar el juez.

Cabe señalar que, por aplicación del último párrafo del art. 1325, el mandatario *perderá el derecho a la retribución* si, en el marco de la ejecución del encargo, aquél obtuvo un beneficio (ventaja patrimonial, en sentido amplio) no autorizado por el mandante.

La parte final del inciso prescribe que, *si el mandato se extingue sin culpa del mandatario*, el mandante deberá pagarle la *retribución proporcional* a los trabajos realizados y si el mandatario hubiese recibido un adelanto mayor a lo que, de acuerdo con ello, le correspondería, nada deberá devolver al mandante (no habrá, por tanto, enriquecimiento sin causa).

4. EXTINCIÓN DEL MANDATO

El actual CCC establece, en el art. 1329, las siguientes causales de extinción: a) transcurso del plazo por el que fue otorgado o por el cumplimiento de la condición resolutoria pactada; b) ejecución del negocio para el cual fue otorgado; c) revocación del mandante; d) renuncia del mandatario; y e) muerte o incapacidad del mandante o del mandatario.

Como regla general en cuanto a los efectos (en relación con el mandatario y los terceros) que produce la extinción, la norma no trae ninguna disposición específica; por ello, en el caso del mandato representativo (y, si fuese pertinente, del mandato sin representación), se aplicará la remisión que efectúa el art. 1320 a los principios generales: a) si la extinción del mandato fue conocida o pudo ser conocida por los terceros, resulta oponible a ellos (conf. art. 361); b) si la renuncia y la revocación del mandato han sido puestas en conocimiento de los terceros por medios idóneos (conf. art. 381); caso contrario, son inoponibles (salvo que, a su vez, se demuestre que éstos conocían la extinción); y c) si se produce cualquiera de los otros supuestos de extinción, dicha circunstancia no será oponible a los terceros que, sin su culpa, lo hubiesen ignorado (conf. art. 381, última parte).

Sin perjuicio de lo que se deja expuesto, veremos ahora en particular cada uno de los supuestos extintivos previstos por el art. 1329.

En primer lugar, el *transcurso del plazo* estipulado por las partes produce, de pleno derecho, la extinción del contrato, sin necesidad de que aquellas realicen ninguna declaración al respecto (conf. art. 350).

Este inciso agrega, como supuesto de extinción, el cumplimiento de una condición resolutoria a la que se hubiese sujetado el contrato (conf. arts. 343, 348 y concordantes); dicha estipulación, sin embargo, no resultaba necesaria, dada la aplicación, en este caso, de los principios generales.

En segundo lugar, como también resulta evidente, la *ejecución del acto* o actos jurídicos encomendados agota el objeto propio del contrato y se produce, en este caso, la extinción natural del vínculo.

En tercer lugar, se establece como supuesto particular de extinción del contrato de mandato la *revocación* por parte del mandante. Esta facultad de desligarse unilateralmente del contrato estaba en los orígenes históricos de la figura del mandato, encontraba su fundamento en el elemento de confianza que era típico del vínculo y tenía, en el ámbito del derecho civil, una clara relación con el carácter esencialmente gratuito del contrato.

Toda vez que, según la regulación actual, el contrato de mandato debe presumirse oneroso (art. 1322), el ejercicio de la facultad de revocación unilateral por parte del mandante, si bien se mantiene en los mismos términos, podrá generar responsabilidad para aquél.

En efecto, según lo dispone el art. 1331, la revocación "...sin justa causa del mandato otorgado por tiempo o asunto determinado obliga al mandante a indemnizar los daños causados; si el mandato fue dado por plazo indeterminado, el mandante debe dar aviso adecuado a las circunstancias o, en su defecto, indemnizar los daños que cause su omisión". Ésta es la principal consecuencia patrimonial que se deriva del ejercicio de la

facultad de revocar unilateralmente el vínculo; como se señaló, este efecto es particularmente diverso del previsto en la legislación anterior.

Las reglas, pues, son las siguientes: a) si el mandato fue otorgado *por tiempo o por asunto determinado* y el mandante revoca el contrato *con justa causa* (genéricamente, decisión fundada y razonable que excluye la invocación de incumplimiento por parte del mandatario), no existirán responsabilidades patrimoniales derivadas de ello; b) si, bajo las mismas condiciones, revoca el contrato *sin justa causa* (a contrario sensu, inexistencia o deficiencia de fundamentación adecuada a las circunstancias), deberá la *indemnización* por los perjuicios ocasionados al mandatario; c) si el mandato fue otorgado *por plazo indeterminado*, el mandante sólo quedará obligado a efectuar un *preaviso al mandatario* comunicándole, con la suficiente y razonable antelación, su intención de revocar; y d) si, bajo las mismas condiciones, no otorga el preaviso, el mandante *será responsable de los daños* que cause esa omisión

Para hacer saber al mandatario de la decisión de revocar el mandato (y, en su caso, para preavisar su decisión de revocar; conf. art. 1331) rigen los principios generales en materia de extinción por declaración unilateral de la voluntad (art. 1078 y siguientes) y se requerirá, por tanto, una comunicación fehaciente.

Por último, cabe señalar, en lo que respecta a este punto, la especial situación del denominado *mandato irrevocable*. En efecto, el Código Civil y Comercial regula, en la primera parte del art. 1330 y mediante la remisión al art. 380 (incs. b y c), el caso en que el mandato se hubiese convenido como expresamente irrevocable. De este modo, puede concluirse en que el mandato será irrevocable cuando: a) a pesar de la muerte del mandante, hubiese sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que podrá ser solamente del mandatario, de un tercero o común a mandante y mandatario, o al mandatario y a un tercero o al mandante y un tercero; b) hubiese sido conferido para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que podrá ser cualquiera de los casos mencionados en el punto anterior; en este supuesto, además, se extinguirá por cumplimiento del plazo estipulado o si mediare justa causa.

Se trata, en estos casos, de una modalidad especial de mandato, que se aparta del tipo característico (sujeto a revocación unilateral del mandante sin expresión de causa).

En cuarto lugar, el Código Civil y Comercial establece que el mandato también se extinguirá como consecuencia de la *renuncia del mandatario*, esto es, del encargado de cumplir con los actos jurídicos encomendados.

Este supuesto de extinción, tradicional en la figura del mandato, siempre se ha interpretado como un modo unilateral de ejercicio de la voluntad por parte del mandatario, sin consecuencias patrimoniales para él, en principio (salvo que se verificasen los requisitos para que se encontrase obligado a resarcir al mandante); ello así, dado que, para algunos autores (ESPER), debería realizarse en tiempo propio y con causa justificada, constituyendo, de lo contrario un incumplimiento contractual (conf. art. 1324, inc. a) que deberá ser indemnizado.

Es que, en efecto, el presente inciso del art. 1329 no puede interpretarse aisladamente, sino en conjunto con lo dispuesto por el art. 1332, en cuanto establece que "la renuncia intempestiva y sin causa justificada del mandatario obliga a indemnizar los daños que cause al mandante".

Lo expuesto en la norma transcrita confirma lo dicho previamente en torno a las limitaciones al ejercicio de la renuncia por parte del mandatario; en concreto, para que la renuncia no genere obligación alguna de resarcimiento en cabeza del mandatario se exige que sea: a) *tempestiva*, esto es, oportuna y no repentina o sorpresiva; en una palabra, de mala fe; y b) *con causa justificada*, es decir, como se dijo al tratar la revocación del mandante, la explicitación, fundada y razonable, de los motivos que llevan a la renuncia. La norma comentada requiere, en principio, el cumplimiento de ambos requisitos.

Para este caso, como para el supuesto anterior de revocación del mandato, deberá comunicarse al mandante la intención de renunciar (conf. art. 380, inc. d).

En quinto lugar, el mandato se extinguirá por muerte o incapacidad sobrevinientes del mandante o mandatario: éste es el principio general.

Sin embargo, por aplicación del art. 1333, cualquiera de estos eventos producen una serie de *consecuencias residuales*; a saber: a) si se produjese la *muerte o la incapacidad del mandatario*, los herederos, representantes o asistentes (en los términos de los arts. 32, 43, 49 y concordantes del CCC) que tuviesen conocimiento del mandato deberán *avisar* prontamente (no se exige al respecto formalidad alguna) al mandante y *adoptar* en su interés las medidas apropiadas a las circunstancias (por ejemplo, medidas conservatorias de los bienes del mandante); y b) si se produjese la *muerte o la incapacidad del mandante*, el mandatario deberá ejecutar los correspondientes *actos de conservación si existiese peligro en la demora* (salvo instrucciones expresas en contrario de los herederos o representantes del mandante), de acuerdo con las circunstancias del caso.

Por otro lado, cabe señalar que el 2º párrafo del art. 1330 se refiere al supuesto del denominado mandato *post mortem*, esto es, destinado a ejecutarse luego de la muerte del mandante. Esta figura, existente bajo la regulación anterior en el art. 1983, ya había generado discusiones en la doctrina: mientras algunos (SALVAT, BORDA) entendían que la referencia a la "disposición de última voluntad" que traía aquel artículo hacía alusión a límites respecto del contenido del acto (por ejemplo, no afectación de la legítima de los herederos forzosos); otros (LÓPEZ DE ZAVALÍA) consideraban que tal mención indicaba la exigencia de cumplir con la formalidad requerida para un acto de esa naturaleza (testamento).

Más allá de esa controversia (que, por otra parte, la norma actual no despeja), lo cierto es que la redacción del ahora vigente art. 1330 permite concluir en que se encuentra admitida la figura y que, en este supuesto, la muerte del mandante no funciona como causal extintiva.

CAPÍTULO XXIII - CONSIGNACIÓN. CON LA COLABORACIÓN DE JUAN A. RIVA

1. DEFINICIÓN Y CARACTERES

El Código Civil y Comercial regula, en los arts. 1335 a 1344 el tradicional contrato de consignación comercial (o comisión, denominación eliminada de la configuración vigente) que traía el Código Comercial en los arts. 222 y 232 a 281. Como puede advertirse, la legislación ha reducido sensiblemente la extensión del articulado que delineaba dicha figura.

Históricamente, el contrato de comisión mercantil siempre estuvo vinculado con el desarrollo de los negocios de los comerciantes radicados en ciudades lejanas de aquellas donde pretendían adquirir o enajenar mercaderías (bienes muebles). Desde sus inicios, la comisión (o, en la terminología legal actual, consignación) estuvo destinada a facilitar el comercio a distancia, de las más variadas mercaderías (ESPER).

Se trata de una figura contractual tradicional del derecho mercantil, que permanecía como una modalidad que se utilizaba en la comercialización de toda clase de ganado, de productos y frutos agrícolas, en el mercado de obras de arte y, como un esquema jurídico alternativo, para la comercialización de productos y efectos de comercio en general.

Este tipo contractual, además, se emparentaba notoriamente con el contrato de mandato; de hecho, su definición se daba conjuntamente con la versión comercial de este último en el art. 222 del anterior CCom: "Se llama especialmente *mandato*, cuando el que administra el negocio obra en nombre de la persona que se lo ha encomendado. Se llama *comisión o consignación*, cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados obra a nombre propio o bajo la razón social que representa".

La *divergencia* principal entre ambos institutos, como puede verse, consistía en que, mientras el *mandato* (tanto civil como comercial) se caracterizaba por la *actuación en nombre y representación del mandante* (imputándose directamente a éste los actos celebrados por aquél), la comisión o *consignación* no presuponia, precisamente, dicha actuación, sino que el comisionista *contrataba en forma directa con los terceros* y no existía acción de ellos contra el comitente ni de éste contra aquéllos.

Además, su carácter era *netamente mercantil* (frente al predominantemente civil del mandato) así como su objeto quedaba circunscripto a las *cosas muebles en general*, a diferencia del mandato, que podía versar, en forma indistinta, sobre cosas muebles e inmuebles.

Pues bien, la nueva regulación del Código Civil y Comercial elimina, en rigor, todas estas diferencias: el mandato ya no presupone la especie representativa (salvo pacto expreso) y, por otro lado, la unificación civil y comercial desarticula la distinción entre actos civiles y comerciales. De este modo, y como lo reafirma el propio art. 1335, existe ahora, incluso más que bajo la legislación anterior, una estrecha vinculación entre ambas figuras; tanto es así que, como se señaló, se aplicarán supletoriamente al contrato de consignación las disposiciones contenidas en el Capítulo correspondiente al contrato de mandato.

Tal circunstancia ha merecido el cuestionamiento de la regulación que el Código Civil y Comercial realiza, en forma separada del mandato, del contrato de consignación (ESPER).

Ahora bien, según la definición legal actual, el contrato de consignación se encontraría restringido al caso de la *venta* (y no otra operación jurídica como la compra, por ejemplo) de *cosas muebles*. Sería, pues, un contrato mediante el cual una parte, denominada *consignante* (o comitente, según la denominación tradicional anterior) confiere *mandato* (o encargo de realizar un acto jurídico) a otra, denominada *consignatario* (o comisionista), para que ésta, sin representación, *venda* determinadas *cosas muebles* (a diferencia de lo que acontecía bajo el régimen anterior, donde el comisionista se obligaba a realizar "...negocios individualmente determinados").

En cuanto a sus caracteres, el contrato de consignación puede clasificarse como: a) bilateral, dado que ambas partes quedan recíprocamente obligadas; b) oneroso (conf. arts. 1335 y 1342), pues procura ventajas para ambas partes contratantes; c) consensual; d) de duración o tracto sucesivo, pues requiere de un plazo para realizar el encargo encomendado por el consignante; y e) no formal.

Por último y fundamentalmente, cabe agregar que esta figura quedará regida, de acuerdo con la prelación contenida en el art. 964, por: a) las estipulaciones válidas del propio contrato de consignación; b) las disposiciones especiales contenidas en el Capítulo que regula el contrato de consignación; c) las normas incluidas en el Capítulo de mandato (conf. art. 1335, última parte); y, d) finalmente, los usos y prácticas del lugar de celebración del contrato. De este modo, es preciso señalar que la breve regulación que el Código Civil y Comercial provee respecto del contrato bajo examen obedece a que, como se desprende de lo dicho, existe todo un plexo normativo supletorio de la voluntad de las partes aplicable en la materia que tornaría sobreabundante una regulación más extensa.

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS. ELEMENTOS

Un primer aspecto que sobresale en la regulación actual de la figura es, conforme lo establece el Código Civil y Comercial en el art. 1336, un rasgo tradicional de la comisión mercantil (conf. art. 239 del CCom.): la indivisibilidad de la consignación.

Ello implica, *en primer lugar*, que la ley considera aceptado en forma íntegra el contrato aún cuando sólo se hubiese aceptado parcialmente; en otras palabras, no existe la posibilidad de que la consignación sea aceptada sólo en forma parcial; *en segundo lugar*, la norma establece que, una vez aceptada, deberá el consignatario ejecutar *todo el negocio* encomendado y no sólo partes de él. Obviamente, ello no implica que no esté facultado a renunciar, pero, en ese caso, deberá hacerlo en tiempo oportuno e invocando justa causa; de lo contrario, incurrirá en responsabilidad frente al consignante.

Tradicionalmente se entendía que la comisión (o consignación, para el caso) cuando por ser compleja no constituyese varias comisiones separadas, debía ser cumplida íntegramente, como un *conjunto indivisible* en sus condiciones y detalles (SEGOVIA). Esta regla es la que recoge el actual art. 1336.

El art. 1337, por su parte, reproduce un principio que también resulta de la esencia misma del contrato de consignación: el *consignatario* queda *directamente obligado frente a los terceros* con los que contrata y, por tanto, ni éstos tendrán acción contra el consignante ni este último contra aquéllos.

Ello no es sino la lógica consecuencia de la *naturaleza no representativa* del vínculo establecido entre las partes del contrato de consignación (conf. art. 1335). La doctrina afirma, además, que tal conclusión no varía ni aunque los terceros conociesen el nombre del consignante (ZAVALA RODRÍGUEZ) puesto que, en definitiva, es de la naturaleza del contrato la irrelevancia, para el vínculo habido entre consignatario y terceros, de las condiciones del consignante.

En lo que se refiere al *objeto del contrato*, cabe señalar que, de acuerdo con lo normado en forma expresa por el art. 1335, el contrato de consignación pareciera haber quedado circunscripto, como se señaló en el punto precedente, al encargo, que una parte confiere a la otra, con el fin de celebrar la *venta* de determinadas *cosas muebles*; de este modo, han quedado legalmente eliminados de la figura típica, como posibles objetos, otros supuestos que se enmarcaban tradicionalmente en ella bajo la legislación anterior (por ejemplo, compra de cosas muebles, transporte de cosas, etc.).

En este punto, cabe examinar lo dispuesto por el art. 1341 del CCC, en cuanto se relaciona, por un lado, con el objeto del contrato de consignación y, por el otro, con un supuesto específico de inhabilidad para contratar.

En efecto, esta norma estipula una prohibición particular en el marco del contrato de consignación: el consignatario no puede comprar ni vender para sí las cosas comprendidas en la consignación.

Esta norma reproduce dos prohibiciones tradicionales en el contrato de comisión (arts. 262 a 264 del CCom.): la imposibilidad de comprar para sí los objetos cuya venta se ha encargado y la de vender al consignante los bienes que tuviese en su poder, cuando el encargo hubiese consistido, precisamente en la compra de bienes como esos. Como es evidente, esta posibilidad está vedada personalmente al consignatario así como también a cualquiera que pretendiese hacerlo en su interés (conf. art. 1001).

Dos comentarios cabe realizar respecto de este artículo.

En primer lugar, de acuerdo con los términos de su redacción, pareciera ampliar el contenido propio del contrato según la definición que provee el art. 1335 y que hemos definido precedentemente; en efecto, si la consignación tiene lugar cuando se encarga la *venta*, sin representación, de cosas muebles, parece que no sería viable, como contenido posible, que el consignante encargase al consignatario la *compra* de cosas de esa naturaleza. El art. 1341 parece dejar abierta esa posibilidad; de hecho, tal solución sería más acorde con la tradicional configuración del instituto de la comisión mercantil. En todo caso, y sin perjuicio de la atipicidad de una contratación de ese tipo, el principio de autonomía de la voluntad y la ausencia de un orden público comprometido, avalarían la posibilidad de un acuerdo en esos términos.

En segundo lugar, cabe señalar que, conforme con las reglas generales aplicables a este contrato (por ejemplo, la enunciada en el inc. e del art. 372, pertinente en virtud de las remisiones contenidas en los arts. 1335 y 1320), estas prohibiciones, en cualquiera de sus formas (vender lo propio, comprar para sí) funcionaría *como regla*, pero nada impediría, en rigor, a las partes, también en uso de la autonomía de la voluntad que es característica de la materia (conf. art. 958) y en tanto tampoco se encontraría afectado el orden público o los terceros, pactar expresamente esta posibilidad a favor del consignatario.

En otras palabras y para concluir, del régimen aplicable se desprende que esta prohibición (tanto en el aspecto concerniente al objeto del contrato como en el relacionado con la posibilidad del consignatario de contratar consigo mismo) no resultaría absoluta sino, en todo caso, aplicación supletoria de la ley que podría ser dejada de lado por disposición expresa de las partes.

3. EFECTOS: OBLIGACIONES DE LAS PARTES. RETRIBUCIÓN DEL CONSIGNATARIO.

El art. 1338 estipula que el consignatario, al ejecutar el encargo, debe *ajustarse a las instrucciones recibidas* y, en su caso, será responsable de los daños que hubiese ocasionado al consignante por los negocios en los que se hubiese apartado de dichas instrucciones.

Esta disposición reitera el clásico principio según el cual el consignatario deberá cumplir con las instrucciones impartidas por el consignante y, en caso de apartarse de ellas, incurrirá en responsabilidad; sin embargo, ambas disposiciones resultan ya de las normas aplicables al contrato de consignación por la remisión dispuesta en la última parte del art. 1335 a las normas del mandato así como de los principios generales en materia de responsabilidad, por lo que, de algún modo, su previsión expresa resultaba innecesaria.

Asimismo, cabe señalar que *si no existiesen instrucciones*, se aplicará lo dispuesto en el art. 1324, inc. a, respecto de cómo el mandatario debe cumplir el encargo (esto es, conforme a *la naturaleza del negocio* encomendado, con el cuidado que pondría en los asuntos propios o los exigidos por las reglas de su profesión o por los usos del lugar de ejecución del contrato), así como también lo dispuesto en el art. 372, incs. a y b (*obligaciones de fidelidad, lealtad y reserva, y conducta acorde a los usos y prácticas*), aplicables al contrato de mandato (conf. 1320) y, en consecuencia, también a la consignación (conf. art. 1335).

Además, siguiendo la línea asentada por la anterior legislación (art. 242 del CCom.), entendemos que *el consignatario podría apartarse* de las instrucciones recibidas en caso de que: a) *resultase ventaja para el consignante*; b) la operación encargada *no admitiese demora* o pudiese *resultar daño* de la tardanza; y c) *mediare ratificación del consignante* respecto de la gestión realizada en apartamiento de las instrucciones.

Por último, cabe agregar que, si en contra de las instrucciones recibidas, el consignatario celebrase un negocio con terceros, ello no producirá ninguna consecuencia distinta, en las relaciones entre los terceros y el consignatario, de las propias del contrato que hubiesen celebrado: esto es, en lo que hace a la extensión y validez del contrato concluido entre los terceros y el consignatario, el apartamiento de las instrucciones recibidas en el marco de la consignación no producirá ningún efecto sobre ese vínculo.

Es que, como se ha dicho, el *consignatario* es el *único obligado* por la declaración de voluntad; el apartamiento de las órdenes impartidas por el consignante sólo impactará en la relación interna entre consignante y consignatario (generando responsabilidad, por ejemplo), pero no, desde ya, en los contratos que hubiese celebrado con los terceros.

Nuevamente, corresponde señalar que las obligaciones que surgen del art. 1338 deben complementarse con aquellas que resultan aplicables por conducto de la remisión dispuesta en el art. 1335 al contrato de mandato, así como también a las normas generales en materia de representación (conf. art. 1320), en lo que resultasen aplicables.

El art. 1339, por su parte, establece, en el marco del cumplimiento del encargo encomendado, la facultad, en cabeza del consignatario, de *otorgar determinados plazos para el pago del precio* de las cosas muebles cuya venta fue encargada por el consignante así como también las consecuencias del incumplimiento en que pudiese incurrir el consignatario al respecto.

El consignatario *se presume autorizado a conceder a los terceros el plazo* de pago que sea de uso en el lugar de celebración del contrato con el tercero. Dicha presunción, obviamente, podría entenderse sin efecto si el consignante hubiese prohibido al consignatario otorgar plazos para el pago (principio de la autonomía de la voluntad). En ese caso, si la prohibición fuese infringida, el 2º párrafo del art. 1339 estipula que el consignatario quedará obligado frente al consignante a pagar el precio de las cosas (o su saldo) en el momento en que hubiera correspondido de acuerdo con las instrucciones recibidas o los usos de práctica para el caso.

En este punto y con relación a la posibilidad de conceder a los terceros plazo para el pago, debe recordarse que el *deber amplio y permanente de información* que debe el mandatario al mandante se aplica también a este caso (en virtud de la remisión ya mencionada; conf. art. 1335) y, por lo tanto, deberá el consignatario, en su caso, informar al consignante las condiciones establecidas a favor de los terceros en lo concerniente a este aspecto (plazos otorgados, datos de los terceros contratantes, etc.).

Otro efecto particular que surge de la regulación prevista para este contrato se desprende de lo normado por el art. 1340. La situación expuesta por dicha norma debe entenderse como referida al crédito que el consignatario pudiese otorgar, en el marco de los contratos de venta que hubiese celebrado con terceros, a los fines de cumplir el encargo encomendado por el consignante.

Se ha dicho (ESPER) que se trata del supuesto que, con anterioridad, regulaba el art. 257 del CCom: esto es, aquellas ventas en las que el precio debía pagarse al tiempo de entregarse la cosa mueble pero en las que el consignatario admitía que el comprador se lo pagase un tiempo después (*venta al fiado*, en la expresión del artículo citado del CCom.).

En este caso, el consignatario debe *actuar diligentemente*, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar; caso, contrario, será responsable ante el consignante. Resulta evidente que esta posibilidad debería estar expresamente prevista en el contrato o, por lo menos, no estar específicamente prohibida, puesto que, de otro modo (violación de una prohibición específica), el consignatario sería responsable en los mismos términos que los expuestos en el art. 1339, 2º párrafo.

Por otra parte, los arts. 1342 y 1343 regulan lo concerniente a la *retribución* que deberá el consignante al consignatario y que constituye, en definitiva, la *obligación principal* que el primero asume en el contrato de consignación. Esta retribución recibe, técnicamente, el nombre de comisión y es el derecho que obtendrá el consignatario por la ejecución del encargo.

Sobre este aspecto, cabe distinguir entre comisión *ordinaria* y *extraordinaria*.

La *primera* será aquella a la que regularmente tendrá derecho el consignatario por el *cumplimiento de la tarea encomendada* y cuya existencia es característica de este contrato oneroso. A ella debe entenderse que hace referencia el art. 1342; según esta norma, el consignante deberá la retribución *fijada en el contrato* y, a falta de previsión expresa, *la que sea de uso en el lugar de cumplimiento de la consignación*. Puede consistir en una suma fija o un porcentaje del monto del negocio concertado con el tercero.

Ante la falta de estipulación expresa al respecto, debe entenderse que el *monto* de la comisión se debe *de acuerdo a lo que dispongan los usos del lugar de celebración del contrato de consignación* (por ejemplo, desde que se concluye el encargo encomendado).

Si la consignación fuese revocada sin justa causa por el consignante, se aplicarán, por la remisión efectuada en el art. 1335, las reglas que surgen, en relación con el mandato, del art. 1331: indemnización de los daños causados al consignatario.

La *segunda* importaba, según los términos de su inclusión en el anterior CCom, la *asunción del riesgo*, por parte del consignatario, derivado de la cobranza al tercero por el negocio celebrado con él y, por tanto, una *garantía al consignante* respecto del resultado del encargo. Concretamente, establece ahora el art. 1343 que: "Cuando, además de la retribución ordinaria, el consignatario ha convenido otra llamada 'de garantía', corren por su cuenta los riesgos de la cobranza y queda directamente obligado a pagar al consignante el precio en los plazos convenidos".

Así, la comisión extraordinaria o *de garantía*, comúnmente superior a la ordinaria (por el riesgo que implica), se debe si así se ha pactado entre las partes del contrato de consignación e implica que el consignatario asume los peligros de la negociación con el tercero (por ejemplo, insolvencia de éste) y se obliga a pagar al consignante el precio de acuerdo con los plazos convenidos; en otras palabras, es "...como si el propio comisionista [o consignatario] hubiese sido el comprador" (art. 256 del CCom.).

Así pues, el consignante no asume ningún riesgo concreto respecto de la solvencia del tercero y se asegura, de este modo, el cobro de lo que resulte del negocio encargado al consignatario.

4. CONTRATO ESTIMATORIO

Finalmente, cabe hacer una referencia al supuesto regulado en el art. 1344. De su lectura puede concluirse en que, en el final de este Capítulo 9, se regula, en rigor, una figura contractual diversa de la comisión o consignación; en efecto, se trata, en este caso, del *contrato estimatorio*.

Es que, si bien el título del artículo es "Obligación de pagar el precio", de sus términos se desprende que allí se hace referencia a una figura atípica en la legislación anteriormente vigente en nuestro país pero que, sin embargo, había reconocido un uso extendido en las prácticas mercantiles.

En otras palabras, no se trata de un efecto relacionado con el contrato de consignación, sino de un contrato distinto, con sus propias características; probablemente, la inclusión de esta modalidad contractual en este Capítulo pudiese deberse a que es habitual, en el ámbito comercial, denominar consignación (en razón del carácter con el que se entregan las cosas que son objeto del negocio) al contrato estimatorio.

Veremos ello brevemente.

Se ha definido al contrato estimatorio como aquél por el cual una parte (denominada *tradens* o *concedente*) entrega una o varias cosas muebles a la otra (denominada *accipiens* o *concesionario*), y ésta se obliga a pagar el precio por ellas, salvo que restituya las cosas recibidas dentro de un término establecido en el contrato (ESPER).

Por nuestra parte, lo hemos definido como aquel contrato por el cual una parte, denominada concedente, se obliga a entregar cosas muebles valuadas en un cierto precio en dinero a la otra, denominada concesionario o consignatario, para que éste disponga de ellas como si fueran propias durante un plazo determinado, al cabo del cual deberá pagarle tal suma reteniendo para sí el excedente si las hubiere vendido a terceros por un mayor valor, o podrá restituir aquellas que no hubiere adquirido o vendido (CENTANARO).

Es característico de este contrato que el concesionario tenga la facultad de vender las cosas recibidas a terceros, por un precio libre, indicado u obligatoriamente impuesto en el contrato, y, en caso de no enajenarlas, deberá restituirlas al concedente dentro de un plazo pactado.

Constituyen sus elementos característicos: a) la entrega de cosas muebles, pero no a título de dominio; b) la existencia de un precio estimado; c) la obligación del concesionario de pagar dicha suma o restituir los objetos recibidos; d) la facultad, para el concesionario, de disponer de las cosas del concedente.

En cuanto a sus caracteres, el contrato estimatorio es: a) bilateral; b) oneroso; c) consensual; d) de disponibilidad de cosas ajenas; e) no formal; y f) conmutativo.

Respecto de su utilización, hemos señalado que, en la práctica comercial, esta figura es aplicable a diversos supuestos, como por ejemplo: a) enajenación de cosas muebles usadas; b) transmisión de diarios y revistas; c) comercialización de libros en general; d) distribución de artículos de difícil venta a través de los canales genéricos (obras de arte); e) colocación de productos de demanda incierta; entre otros casos. De modo que, conforme lo dicho, este contrato tiene como finalidad facilitar y simplificar las formas de distribución, esto es, de intermediación en la comercialización de distintos productos, logrando que el concesionario tenga a su disposición (sin adquirir el dominio) determinados bienes muebles para, en su caso, enajenarlos como si fuesen propios.

Ahora bien, el art. 1344 estipula que: "Si el consignatario se obliga a pagar el precio en caso de no restituir las cosas en un plazo determinado, el consignante no puede disponer de ellas hasta que le sean restituidas. Los acreedores del consignatario no puede embargar las cosas consignadas mientras no se haya pagado su precio".

Delineadas brevemente las características de la figura bajo examen, cabe destacar que de esta escueta regulación puede extraerse que: a) el consignante (concedente) no podrá disponer de las cosas entregadas al consignatario (concesionario) mientras esté vigente el plazo acordado en el contrato; b) vencido ese plazo, el concesionario deberá restituirlas o, en su caso, pagar al concedente el precio que se hubiese pactado por ellas, con lo que extinguirá dicha obligación; y c) los acreedores del concesionario no podrán embargar las

cosas recibidas por éste mientras no hubiese pagado el precio estimado en el contrato; ello es consecuencia de que el dominio de las cosas dadas al concesionario continúa en cabeza del consignante, por lo que los terceros embargantes no tendrían ningún derecho sobre ellas.

CAPÍTULO XXIV - CORRETAJE. CON LA COLABORACIÓN DE JUAN A. RIVA

1. DEFINICIÓN Y CARACTERES

El Código Civil y Comercial regula, en los arts. 1345 a 1355, el contrato de corretaje; sin embargo, no éste el único texto normativo que se encarga del tema. En efecto, con la vigencia del Código Civil y Comercial, el régimen legal actual que regula esta figura y la actividad de los corredores se compone de la siguiente legislación: a) los arts. 31 a 35 del decreto [ley 20.266](#) (ley de Martilleros y Corredores) y los arts. 1º a 30 de esa misma norma (en cuanto regula la profesión de los martilleros); b) los mencionados artículos del Código, insertos como Capítulo 10 del Título IV; c) el [art. 77](#) de la [ley 24.441](#); y d) las diversas leyes provinciales y demás normas reglamentarias de carácter local que regulan la actividad de los corredores en general o de ciertas modalidades de corretaje en particular (por ejemplo, la [ley 2.340](#) de la CABA, que crea el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios); ésta es la prelación normativa que corresponde seguir como consecuencia de la jurisprudencia sentada por la CSJN en el precedente "Diehl" (Fallos: 321:3108), en cuanto estableció que la regulación del corretaje comprendida, anteriormente, en el Código Comercial, integraba la legislación común cuyo dictado correspondía exclusivamente al Congreso de la Nación.

Cabe señalar que, en este sentido debe interpretarse el art. 1355, en cuanto indica que: "Las reglas de este Capítulo no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales".

Pues bien, sin perjuicio de que, como resulta esperable, este conjunto normativo puede presentar contradicciones y dificultades interpretativas, examinaremos a continuación las características principales de esta figura contractual.

El corredor puede ser definido como aquella persona física o jurídica que *intermedia profesionalmente* entre la oferta y la demanda de cosas muebles o inmuebles, bienes o servicios, con la finalidad de preparar, promover o facilitar la celebración de un negocio vinculado con ellos; FONTANARROSA, por ejemplo, definía al corredor como la persona que se interpone profesionalmente entre la oferta y la demanda para facilitar y promover la conclusión de los contratos. El corredor no es mandatario ni consignatario, es nada más ni nada menos que un intermediario que acerca a las partes de un futuro contrato (ZAVALA RODRÍGUEZ).

Por su parte, el actual art. 1345 ensaya una definición del contrato de corretaje, independientemente de la figura del corredor; prescribe que habrá *contrato de corretaje* cuando una persona, denominada corredor, se obligase ante otra, a *mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios*, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes.

Los sujetos intervinientes en el contrato (partes) de corretaje son, pues, el *corredor* (intermediario entre la oferta y la demanda de cosas, bienes o servicios) y el *comitente* (esto es, quien encarga dicha intermediación).

Ahora bien, *en primer lugar* debe señalarse que la obligación que asume el corredor es, indudablemente, una *obligación de medios*, puesto que no puede comprometer un resultado concreto (esto es, la celebración del negocio entre las partes a quienes acerca). *En segundo lugar*, el objeto sobre el cual puede recaer la intermediación del corredor es amplio (muebles, inmuebles, universalidades —fondos de comercio, por ejemplo—, etc.). Y, *en tercer lugar*, el corredor debe ejercer su función en forma imparcial; de hecho, como señala la última parte del art. 1345, no puede tener relación de dependencia, representación o colaboración (conf. art. 34 del decreto [ley 20.266](#)) con ninguna de las partes a quienes acerca en la negociación.

En cuanto a sus caracteres, puede concluirse en que el contrato de corretaje es: a) bilateral; b) oneroso; c) consensual; d) aleatorio; y e) no formal (como consecuencia de la derogación del art. 36 del decreto [ley 20.266](#)).

Cabe agregar que, a través de esta figura contractual se desarrolla una gran variedad de actividades cotidianas en el comercio de mercancías y efectos de distinta índole (como cereales, materias primas, productos elaborados, etc.) así como, tal vez principalmente, en el mercado inmobiliario, donde el corredor acerca la oferta y la demanda en las operaciones que tienen por objeto bienes inmuebles. Así, se ha clasificado al corretaje de acuerdo con la cosa objeto de la gestión en que el corredor ejerza la intermediación, como: a) corretaje de comercio, común u ordinario, esto es, el dedicado a la intermediación entre oferta y demanda de mercancías y efectos de comercio; b) corretaje de cereales; es decir, aquel en el que se interviene en las bolsas y los mercados de granos y cereales en general; y c) corretaje inmobiliario, que se caracteriza por la intermediación en el mercado de cosas inmuebles (ESPER).

2. ELEMENTOS

La formación del consentimiento en este contrato se verifica del mismo modo que el previsto por el ordenamiento para el consentimiento contractual general (arts. 971 y concordantes).

Ahora bien, respecto de la conclusión del contrato, no puede desconocerse que el art. 1346 efectúa algunas consideraciones adicionales sobre el punto; en efecto, dispone que ello sucede cuando *una persona habilitada para el ejercicio profesional del corretaje*, interviniese en el negocio que hubiesen de celebrar los futuros contratantes con el fin de acercarlos y *no se presentasen dos circunstancias de características negativas*, a saber que: a) no hubiese protesta hecha saber expresamente al corredor en forma contemporánea al comienzo de la ejecución de la intermediación (entendemos que se refiere a la otra parte del futuro contrato, puesto que, de otro modo, importaría una flagrante contradicción del propio comitente); o b) no se produjese la actuación de otro corredor de parte de otro comitente.

Como se especificó, el art. 1346 prescribe que la actuación como corredor debe reservarse a los *sujetos que se encuentren matriculados* como tales ("...habilitado para el ejercicio profesional del corretaje..."). Esta disposición es coincidente con la doctrina anterior a la sanción del Código Civil y Comercial así como con toda la normativa provincial y local que reglamenta la actividad de los corredores, en general, y de algunas especies, en particular. Sucintamente, se requiere que el corredor se encuentre matriculado para que pueda exigir el pago de una retribución por su labor de intermediación.

En conclusión, en lo concerniente a este aspecto, la nueva regulación establece que la actividad del corredor sólo puede ser desempeñada por quien se halle debidamente matriculado (arts. 32 y 33 del decreto [ley 20.266](#) y [art. 77](#) de la [ley 24.441](#)), de modo que también deberán cumplirse los requisitos que imponen estas disposiciones para ser corredor y ejercer dicha actividad. Cabe agregar, además, que, según el último párrafo del art. 1346, pueden actuar como corredores tanto las personas humanas como las jurídicas (estas últimas, sean públicas o privadas, debiendo tener por objeto exclusivo realizar actos de corretaje y encontrarse integradas únicamente por corredores matriculados); es preciso poner de resalto que esta lectura modifica, con estos alcances, lo dispuesto en normas anteriores no derogadas y específicamente aplicables ([arts. 15 y 16](#) de la [ley 20.266](#) —martilleros—, a los que hace remisión el art. 31 de la misma legislación).

Por último, debe recordarse que el art. 1346 también prevé la posibilidad de que el comitente (es decir, quien encarga la intermediación) sea una persona de derecho público (esto es, cuando quien lo hace es el Estado, nacional, provincial o municipal, o sus entidades autárquicas). En este supuesto, deberán aplicarse y cumplirse las reglas establecidas respecto de las contrataciones en el ámbito del derecho administrativo al sujeto de derecho público interviniente y, por tanto, también al contrato de corretaje.

En otro orden, cabe señalar algunas inhabilidades que, con fundamento en un conflicto de intereses y en la imparcialidad que debe mantener el corredor al actuar como intermediario, pesan sobre el corredor y que la ley expresamente contempla. En efecto, el art. 1348 prohíbe al intermediario: a) adquirir por sí o por

interpósita persona efectos cuya negociación le hubiese sido encargada; y b) tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en ella.

Es preciso recalcar que estos actos, vedados a los corredores, ya resultaban prohibidos por aplicación del art. 31 del decreto [ley 20.266](#) que remite, a su vez, al art. 19 de la misma norma y que abarca los supuestos aquí contemplados (incs. b, d y e).

En cuanto al objeto del contrato de corretaje (cualquiera fuera su tipo), debe recordarse que se encuentra constituido por un hacer, una actividad, un conjunto de hechos que conformarán la gestión que se ha encargado al corredor y que consiste en la intermediación entre los interesados en la concreción de un determinado negocio jurídico. En este punto, debe diferenciarse claramente el *contrato de corretaje* en sí mismo, del *acuerdo* que se pudiese celebrar *entre el comitente y el tercero cocontratante* (concluido como consecuencia de la gestión cumplida por el corredor); como puede advertirse, resultarán de ellos dos órdenes de relaciones jurídicas distintas.

3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El Código Civil y Comercial regula, en su art. 1347, las obligaciones que pesan sobre el corredor. La legislación actual deroga y simplifica el detalle de deberes que antes se establecía, para el corredor, en el art. 36 del decreto [ley 20.266](#); sin perjuicio de ello, se ha señalado (ESPER) que el nuevo texto, al eliminar algunas de las obligaciones que contenía el citado art. 36 (por ejemplo, la que traía en su inc. c, consistente en comprobar la existencia de los instrumentos de los que resultase el título invocado por el enajenante así como los informes de dominio de los bienes registrables), podría redundar en un perjuicio para la seguridad de determinadas transacciones.

Examinaremos brevemente cada una de las obligaciones prescriptas por el actual art. 1347.

En primer lugar, el inc. a exige al corredor asegurarse de la *identidad y capacidad de las personas que intervienen* en los negocios en que media; es el equivalente al ahora derogado art. 36, inc. b, del decreto [ley 20.266](#).

En segundo lugar, se obliga al corredor a proponer con *exactitud, precisión y claridad* los negocios en los que ejerce su intermediación (inc. b) así como también a *comunicar a las partes de toda circunstancia* que llegase a su conocimiento y que, de algún modo, pudiesen influir en algún aspecto de la negociación de que se trate (inc. c). Como puede advertirse, se trata de especificaciones de un *deber de información* tradicionalmente exigido a los corredores y que, anteriormente, se encontraba previsto en el art. 36, inc. e, del decreto [ley 20.266](#).

Cabe señalar que, en caso de suministrar información falsa o inexacta a los futuros contratantes, el corredor incurrirá en responsabilidad por los perjuicios que su conducta les irrogase.

En tercer lugar, el inc. d del art. 1347 establece el *deber de confidencialidad* que se le impone al corredor respecto de todo lo concerniente a las negociaciones en las que interviniese; sólo podría ser relevado de su cumplimiento en caso de orden judicial u otra autoridad pública competente. Se reitera, aquí, un deber contenido en el art. 36, inc. f, del decreto [ley 20.266](#).

En cuarto lugar, el inc. e prescribe la obligación que pesa sobre el corredor de *asistir a la firma de los instrumentos* que se otorgasen con motivo de negocios realizados con su intervención, así como también de *entregar la cosa o los valores objeto de dicho negocio* (en caso de que alguna de las partes así lo requiriese); con modificaciones, estos deberes estaban contenidos en el derogado art. 36, incs. g y j, del decreto [ley 20.266](#). Deben entenderse como obligaciones residuales, exigibles en la medida en que lo solicitasen los contratantes.

En quinto y último lugar, el inc. f del art. 1347 impone al intermediario el *deber de guardar las muestras de los productos que se negociasen* con su intervención, en la medida en que siguiese existiendo posibilidad de controversia entre las partes al respecto (se reproduce, con muy pequeñas modificaciones, el texto del art. 36, inc. h, del decreto [ley 20.266](#)).

Si bien la norma bajo examen no establece un plazo, de acuerdo con las características de los bienes de que se trata, el plazo máximo debería corresponderse con el que agote la responsabilidad por vicios redhibitorios (plazo de caducidad del art. 1055 y plazo de prescripción del art. 2564, inc. a).

Por otro lado, además de las obligaciones señaladas, deben destacarse algunas *facultades* con las que cuenta el corredor en orden al ejercicio de la intermediación que se le ha encomendado; así, el art. 1349 establece que éste puede: a) *otorgar garantía* por obligaciones de una o de ambas partes en la negociación en la que actúe; y b) recibir de una parte el *encargo de representarla en la ejecución* del negocio.

Debe puntualizarse que el art. 34 del decreto [ley 20.266](#) fija, en sus cuatro incisos, potestades similares y aun más amplias, por lo que, en rigor, la disposición contenida en el art. 1349 puede considerarse redundante. Se ha cuestionado si el ejercicio de estas facultades no afecta la característica de imparcialidad que debe guiar la conducta del intermediador (SIBURU); pese a ello, es claro que la norma actual precisa e incluso amplía el régimen que ya establecía el mencionado art. 34 del decreto [ley 20.266](#).

Los artículos siguientes se ocupan de la contraprestación que le es debida y a la que tiene derecho el corredor, esto es, la denominada *comisión*.

En efecto, según acuerda el art. 1350, "El corredor tiene derecho a la comisión estipulada si el negocio se celebra como resultado de su intervención. Si no hay estipulación, tiene derecho a la de uso en el lugar de celebración del contrato o, en su defecto, en el lugar en que principalmente realiza su cometido. A falta de todas ellas, la fija el juez".

El derecho a la retribución por su tarea surge como consecuencia del cumplimiento de dos requisitos (salvo acuerdo expreso del corredor con las partes negociantes en otro sentido): *primero*, que el *contrato* para el que ha ejercido la intermediación entre las partes se *celebre* (tal como disponía el derogado art. 37 del decreto [ley 20.266](#)); y *segundo*, que el acuerdo se hubiese celebrado *como resultado de su gestión* de corretaje (FONTANARROSA).

Cumplido estos requisitos, la comisión se debe, incluso: a) si el contrato estuviese sometido a una condición resolutoria y ésta no se cumpliera; b) en caso de incumplimiento, resolución, rescisión o distracto del contrato; y c) si el contrato no se concluyese, pero cuando el corredor hubiese iniciado la negociación y el comitente se hubiese encargado la conclusión a un tercero o si lo hubiese concluido por sí en condiciones sustancialmente similares a las obtenidas por el corredor.

El primer caso, tal como ha quedado redactado, no parece conformar ninguna excepción, puesto que *el no cumplimiento de una condición resolutoria implica la irremediable adquisición de los derechos* surgidos del acto jurídico; sin embargo, en atención a los antecedentes de la norma (Proyecto de 1987 y Proyecto de 1993), podría tratarse de una *errata* la inclusión de la partícula "no" antes de la frase "se cumpla", con lo cual quedaría explicado su sentido: si el contrato *estuviese sometido a una condición resolutoria y ésta se cumpliera*, el corredor igualmente tendría derecho a la retribución si con su gestión contribuyó eficazmente a la celebración del negocio.

El segundo caso también se explica por sí mismo: *las vicisitudes* que pudiesen afectar al contrato celebrado, en tanto no dependan de algún incumplimiento o negligencia del propio corredor, *no pueden afectar el derecho a la retribución* que legítimamente le correspondiese por el ejercicio eficaz de su tarea.

El tercer caso también implica una protección para el corredor respecto de actos de mala fe del comitente que pretendiese *desentenderse del pago* de la retribución delegando las negociaciones a un tercero o celebrando el contrato por sí mismo, *aprovechándose de las tareas útiles* cumplidas por el corredor.

Salvo pacto en contrario, la retribución se debe desde que se hubiese concluido el negocio en el que el corredor hubiese ejercido su mediación.

El monto de la comisión surge: a) de lo que estipulase el corredor con las partes contratantes del corretaje (teniendo en cuenta los mínimos y máximos fijados por las normas arancelarias locales aplicables); b) a falta de estipulación contractual, tendrá derecho a exigir la retribución que surja de los usos del lugar de celebración del contrato de corretaje; c) en ausencia de ellos, serán aplicables los usos del lugar en el que el corredor ejerciese su actividad; y d) finalmente, en caso de inexistencia de estas pautas, el juez deberá determinar la retribución del corredor.

Según el art. 1351, en caso de existir un solo corredor, todas las partes que interviniesen en el negocio en el que cumplió su intermediación deberán pagarle la retribución correspondiente (salvo pacto en contrario); esta obligación de los contratantes respecto del corredor, como regla, *no es solidaria*. Por último, si interviniese un corredor por cada parte contratante, cada uno de aquellos tendrá derecho a exigir retribución de su respectivo comitente.

Reseñado lo concerniente al derecho que tiene el corredor a recibir la debida retribución económica por la labor desempeñada, cabe señalar que, incluso ante el cumplimiento de los requisitos que surgen de la aplicación del art. 1350 (celebración del contrato como consecuencia de la gestión del corredor), no tendrá derecho a exigir la comisión: a) si el contrato para el que ejerció su actividad de intermediación estuviese sujeto a una condición suspensiva y ésta no se cumpliera (art. 1353, inc. a); y b) si el contrato se anulase por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes o por otra circunstancia que hubiese sido conocida por el corredor (art. 1353, inc. b).

En el primer caso, si las partes hubiesen sujetado el contrato negociado con la intermediación del corredor a una condición suspensiva y ésta no se cumpliera, resultaría excesivo abonar la retribución cuando las partes del contrato cuya negociación se encargó no vieron satisfechos sus intereses.

En el segundo caso, se concluye en la improcedencia de exigir la retribución cuando, como consecuencia de alguna negligencia del corredor ("...por otra circunstancia que haya sido conocida..."), se viese frustrada una operación en la que hubiese ejercido la tarea de intermediación entre las partes. Este supuesto se relaciona estrechamente con el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el corredor en lo concerniente a la celebración de un contrato válido y eficaz (art. 1347, incs. a, b y c).

Asimismo, en cuanto a los gastos en que hubiese incurrido el corredor con motivo de la gestión realizada, el art. 1354 establece que, salvo pacto en contrario, aquél no tendrá derecho al reembolso de gastos aun cuando la operación encomendada no se concretase. Esta solución coincide con la regulación anterior derogada (art. 37, inc. b, del decreto [ley 20.266](#)) y con la que señalaba la doctrina (SIBURU).

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CORRETAJE

Si bien no se encuentran expresamente reguladas por la legislación vigente, se entiende que resultan supuestos de extinción del contrato de corretaje, los siguientes: a) la celebración del contrato principal; b) el vencimiento del plazo otorgado al corredor para el desempeño de su actuación; c) la revocación por parte del comitente (dejando a salvo la responsabilidad por eventuales daños y perjuicios); d) la renuncia del corredor (facultad que no podrá ejercerse en forma intempestiva y/o abusiva, so riesgo de incurrir en responsabilidad); e) el fallecimiento de alguna de las partes.

CAPÍTULO XXV - DEPÓSITO. CON LA COLABORACIÓN DE CARLOS MARTÍN DEBRABANDERE

1. CONCEPTO

El término depósito deriva del verbo *ponere* precedido de la preposición "de". En sentido amplio, es el hecho material de la entrega de una cosa en manos de otra; dicha entrega puede tener distintos fines: garantía, disfrute, custodia. En sentido jurídico es aquel cuyo fin esencial reside en la guarda y restitución de la cosa, aspecto sobre el cual hemos de profundizar.

Viene de la voz latina *depositum*, sobre cuya etimología nos precisa ULPIANO, según lo recuerda POTHIER, que interpreta el pasaje así: depósito se dice de lo que se pone (*ponitur*) en manos del depositario y la preposición "de" aumenta la fuerza del verbo "marcando la plenitud de la confianza con la que ella lo presta".

Ahora bien, conforme establece el art. 1356 del CCC: "Hay contrato de depósito cuando una da las partes se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos".

Se trata de un contrato celebrado entre dos partes, el depositante, persona física o jurídica que ha de transferir la cosa y el depositario, sujeto que se obliga a recibir la cosa, cuidarla, guardarla y restituirla al final del negocio o a requerimiento del depositante, principal interesado del negocio (sobre todo en el supuesto del depósito gratuito).

Podría discutirse si se trata de un contrato unilateral o bilateral. Según la definición enmarcada en el art. 1356 del CCC se trataría de una obligación central que reposa sólo en el depositario. Pues, sería el sujeto que debe recibir, cuidar y restituir la cosa objeto del depósito. Sin embargo, dicha situación era palmaria antes del nuevo Código Civil y Comercial, puesto que se trataba de un contrato real, principalmente gratuito, que se perfeccionaba con el consentimiento de las partes y la tradición de la cosa (objeto del negocio) y cuando, en definitiva, el depósito civil se encontraba en el eje de la escena sin desconocerse, claro está, la existencia de un depósito comercial.

Desde la definición del art. 1356 del CCC entendemos que hay un compromiso inicial por el cual el depositario se obliga a transferir el bien que será recibido y cuidado por el donatario. Finalizado el negocio, este último deberá efectuar la restitución al depositante y éste deberá abonar (salvo que sea gratuito) el precio correspondiente.

En consecuencia, nos inclinamos por la existencia de un contrato bilateral conformado por las obligaciones recíprocas de las partes.

2. CUESTIONES ESENCIALES

Pueden advertirse o colocarse de resalto las siguientes:

a) Este particular contrato admite principal *función de guarda*. Existen diversas figuras que admiten, de un modo u otro, el cuidado de la cosa objeto del negocio. Mas, ello no ocurre como aspecto principal e inmediato sino, más bien, como una obligación secundaria o accesorio. Así en la locación de cosas, el locatario deberá cuidar del bien mueble o inmueble objeto del negocio. Sin embargo, nadie discutirá que el objeto reside en el uso y/o goce de la cosa, empero, deberá cuidar de la cosa y sólo se admitirán los deterioros propios del normal uso. En otro orden, el mandatario bien se le podrá encomendar la venta de un bien. De igual modo, aunque no sea la prestación principal que deberá ejercer, éste deberá cuidar la cosa hasta la realización del bien. De la misma manera podría ocurrir en el comodato como préstamo de uso. El comodatario tiene por objeto un bien mueble o inmueble que utilizará gratuitamente. Sin embargo, no podrá desentenderse de la guarda de la cosa mientras ejerza su principal derecho de uso.

b) Pueden ser objeto del negocio bienes muebles o inmuebles.

c) En otro orden, también cabe destacar la obligación de *restitución* que excluye al negocio de los contratos de disposición y que, como principio general, excluiría la facultad de uso de la cosa salvo autorización del depositante. Se debe restituir la misma cosa salvo, como se verá más adelante, en el supuesto de depósito

irregular donde bastará con devolver la misma cantidad, calidad y especie de lo entregado (cosas fungibles, ej. suma de dinero).

d) El negocio se presume oneroso.

e) Son partes el depositante (quien debe entregar la cosa en guarda y, en caso de onerosidad deberá abonar su precio) y el depositario (quien se obliga al cuidado de la cosa y su oportuna restitución).

3. ANTECEDENTES DEL CONTRATO

El depósito tiene y ha tenido una función social. Es una institución antiquísima que nació con el derecho de propiedad, pues es una necesidad humana abandonar temporalmente la disponibilidad física de una cosa sin renunciar por ello a su dominio.

En un principio se utilizó casi exclusivamente con motivo de las guerras, pero luego, con la evolución, fue un factor importante en las transacciones comerciales.

Conforme explica LORENZETTI, el depósito fue contemplado en las leyes de Manú, el Código de Hammurabi y en el Derecho romano donde obtuvo precisión técnica.

En el Derecho romano, y como ocurrió con nuestra legislación civil ([ley 340](#)) admitía el negocio como un contrato real que se conformaba con el consentimiento de las partes (depositante y depositario) y la entrega efectiva de un bien mueble. Sólo una vez que el bien era recibido por el depositario se perfeccionaba el contrato y nacían las obligaciones propias inherentes a este tipo de acto jurídico.

En Roma además del depósito entendido como acto de confianza y amistad por el cual un amigo o vecino cuidaba —gratuitamente— de uno o más bienes muebles de otro en oportunidad de alguna circunstancia como un viaje o cuando sus dueños iban a la guerra, existía un depósito necesario, otro irregular y, finalmente, el secuestro. El depósito necesario (o miserable) se conformaba en oportunidad de un desastre natural como una inundación, incendio o similar y donde el depositante, apremiado por las circunstancias, decidía dejar en manos de otro sujeto que aceptaba el cuidado del bien. Caracterizaba a este tipo de contrato que de no existir una situación extrema no habría dado la cosa en depósito y, si así lo decidiese, la elección del depositario se haría en un marco de total libertad, aspecto que definitivamente no ocurría.

El depósito irregular, se caracterizaba por resultar objeto cosas fungibles cuya restitución residía en cosas de igual cantidad, calidad y especie.

El secuestro, en cambio, se plasmaba en oportunidad de un litigio a fin de resguardar las cosas que formaban parte de la litis.

4. CARACTERES

Dentro de las características vinculadas al depósito pueden destacarse:

a) Se trata de un contrato *consensual*. Se perfecciona con el mero consentimiento o acuerdo de partes. La fusión de voluntades en una única sobre todos los aspectos del negocio resulta suficiente para su

perfeccionamiento y el nacimiento de los derechos y obligaciones engendradas. Esta característica resulta un cambio sustancial con la antigua visión del depósito que, como se adelantaba, era un contrato *real*.

b) Resulta un contrato *bilateral*. Existen obligaciones recíprocas donde el depositante se obliga a entregar la cosa; el depositario a recibirla, guardarla y restituirla en el momento oportuno contra el pago de precio.

Ahora bien, puntualizamos en que las verdaderas obligaciones del depositario estarán dadas por la guarda y restitución. El supuesto compromiso de recepción, se trataría más de un deber de colaboración que una obligación en sí. Dicha situación ocurría con el art. 1323 del Cód. Civil ([ley 340](#)) cuando el comprador se comprometía a recibir la cosa y pagar el precio. Dicha expresión fue mayormente criticada y se retiró del texto del Código Civil y Comercial que sólo prevé sólo el pago del precio por parte del adquirente (art. 1123 del CCC).

Finalmente, siempre que se trate de un contrato oneroso (como resulta del principio general) el depositante deberá abonar el precio por el cuidado.

c) Es un contrato *oneroso*. Como se precisa en el art. 1357 del CCC, el depósito se presume oneroso. Ello, en función de la ventaja que las partes persiguen en función del sacrificio al que se someten. Sin embargo, no hay que soslayar que el contrato también podría ser *gratuito*. No obstante, la gratuidad deberá estipularse expresamente. En tal caso el artículo en estudio prevé en su parte pertinente que: "Si se pacta la gratuidad, no se debe remuneración, pero el depositante debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución".

d) *Conmutativo*. Las eventuales ventajas o pérdidas se presumen razonablemente conocidas desde el momento de la celebración del contrato.

e) Resulta un contrato *no formal*. Como bien es sabido, el contrato que prevé la guarda de un objeto no se ajusta a formalidad alguna a los efectos de su celebración. Por tanto, regirá la libertad de contratación. Puede plasmarse verbalmente, por escrito, etc. Sin embargo, en la medida que se instrumente resultará fundamental a los efectos de una mejor labor probatoria en caso de resultar necesaria la acreditación de su existencia y alcance. No obstante ello, no debe soslayarse que tratándose de un depósito necesario en un hotel deben declararse los objetos de valor introducidos por el viajero (art. 1372 CCC). Empero, el hecho de no informar tal circunstancia no invalida —eventualmente— el depósito sino que relativiza o excluye la responsabilidad del hotelero.

f) Se trata de un contrato de *duración*. En función de su esencia, el cuidado de una cosa, razonablemente la guarda se extenderá en el tiempo, sea el pactado o hasta cuando exija la restitución el depositante.

g) Podría resultar un contrato *de consumo*. No puede asimilarse sin más a los negocios masificados. Como principio general debe admitirse como un contrato paritario aunque no debe descartarse su calificación como de consumo, principalmente, cuando la figura del depositario pueda calificarse como proveedor-empresario y el depositante consumidor-usuario en los términos de los arts. 1092 y 1093 del CCC y exista una verdadera relación de consumo donde el contrato de depósito pueda asimilarse a un servicio como podría ocurrir con los supuestos de cajas de seguridad en un banco.

h) Es un contrato *nominado* toda vez que tiene una regulación legal establecida en el Código Civil y Comercial.

5. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES

5.1. Con la locación

Como se adelantara, el depósito es un contrato que tiene por objeto la guarda de la cosa otorgada por el depositante al depositario. Salvo excepción o supuesto de depósito irregular, el depositario no tiene permitido la utilización de la cosa. Aquí el cuidado resulta central para el negocio y, principalmente, para el depositante.

En la locación, si bien el locatario deberá propinar los cuidados de la cosa (mueble no consumible ni fungible o inmueble) que ha de locar, ciertamente su objeto reside en el uso y/o goce del bien (ej. locación inmobiliaria). En consecuencia, posee una característica distintiva importante, además de ser un contrato oneroso mientras que el depósito —pese a su presunción de onerosidad— bien podría ser gratuito.

5.2. Con el comodato

Similar situación a la locación se presenta con el préstamo de uso. Nuevamente el eje del contrato es el bien mueble (no consumible ni fungible) o inmueble la función del negocio consiste en la utilización de la cosa. La custodia y guarda de la cosa aparece como una obligación accesorio, ya que una vez usado el bien o arribado al plazo por el cual se pactó el comodatario deberá devolver la cosa en el mismo estado que la recibió. Un ejemplo de comodato podría constituir el préstamo de un automóvil con motivo de un viaje. El comodante dueño de un vehículo decide prestárselo al comodatario para que lo realice y lo restituya al final del recorrido.

5.3. Con el mutuo

Entendemos que tratándose de un depósito voluntario regular donde el objeto del negocio sólo pueden ser cosas muebles no fungibles ni consumibles o también inmuebles, no hay similitud posible ya que el mutuo requerirá que se trate de bienes muebles fungibles o consumibles que se otorgan en propiedad y deben restituirse en igual calidad, cantidad y especie.

Sin embargo, no debe soslayarse que la similitud es notoria cuando se compare al depósito voluntario irregular con el mutuo, pues, advierten mismo objeto. Ahora bien, pese a la gran semejanza creemos que habrá que atender a la finalidad del negocio para dilucidar o poder calificar a un negocio como depósito o mutuo en tales circunstancias. Es decir, aun tratándose de uno o más bienes muebles fungibles si fueron otorgados con la finalidad de guarda (aunque su consumo esté implícito) deberá entenderse como depósito voluntario irregular. Mientras que si quien otorgó la cosa tuvo en miras un verdadero préstamo de consumo, deberá calificarse como un contrato de mutuo.

6. CLASES DE DEPÓSITOS

6.1. Depósito voluntario. Su subclasificación en regular e irregular

El depósito es voluntario cuando se ajusta a las prescripciones previstas en el art. 1356 del CCC, es decir, "...cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos".

El depósito *voluntario* se contrapone al *necesario*. El criterio para distinguir uno de otro es la libertad del depositante para elegir al depositario. Puesto que, en el necesario, como precisaremos luego, el depositante se encuentra urgido por alguna circunstancia especial (ejs. terremoto, incendio, naufragio, tumulto, etc.) y no existe —en puridad— una libre voluntad o, quizás, una limitación de ésta, en la elección de una persona de confianza sino, más bien, un apuro en recurrir en alguien que pueda asistirlo en el cuidado de su o sus bienes.

Este depósito voluntario a su vez puede clasificarse en *regular* e *irregular*. Si bien es cierto que la sección 2ª del Capítulo 11 sólo precisa sobre el depósito irregular, a *contrario sensu*, debe interpretarse que no configurándose el supuesto previsto por el art. 1367 del CCC se entenderá como regular. Dicha clasificación, además, responde a la típica distinción previa al nacimiento del nuevo Código Civil y Comercial.

El depósito regular se constituye a partir de bienes muebles no fungibles o inmuebles, donde culminado el contrato deben devolver las mismas cosas que han sido materia del negocio, cosas ciertas y determinadas. Cabe destacar que como principio general lo otorgado no podría ser objeto de uso por el depositario pero nada impide que exista una autorización para ello.

No obstante lo precisado, corresponde aclarar que lo que caracteriza al depósito regular son el tipo de bienes dado en custodia y no la posibilidad o imposibilidad de uso como muchas veces, de modo equivocado, se ha referido.

En el *irregular* (art. 1367 del CCC), el negocio apunta o tiene por objeto las cosas fungibles o consumibles y que al mismo tiempo representan una equivalencia entre sí. En este caso, el depósito degenera, como el usufructo imperfecto, como el mutuo, como todos los contratos sobre tales cosas en una verdadera transmisión de dominio, que solamente da lugar a sustituir esos objetos por otros idénticos.

Reiteramos que en el caso del depósito regular, sin perder su naturaleza de tal y sin llegar a convertirse en comodato o en contrato mixto de ambos, puede contener una cláusula que autorice el uso por parte del guardador.

En este orden en el art. 1367 del CCC se expresa que: "Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentra en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad. Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo".

Alguna otra precisión que cabe destacar se vincula con las cosas fungibles "que no se encuentren en saco cerrado". Dicha expresión responde a un tratamiento que con mayor precisión VÉLEZ SARSFIELD había efectuado en el Código Civil. Allí se puntualizaba (art. 2188) la figura del depósito voluntario frente a los supuestos del bulto sellado, el saco o la caja cerrada con llave. En estos casos, resulta claro que si se entregan cosas fungibles como podría ser dinero, nuestra conclusión sería inmediatamente que se trataría de un depósito voluntario irregular. Sin embargo, si el dinero es entregado en una caja con un candado, en un maletín con combinación de seguridad, etc. y no se nos entrega la llave o los datos de la combinación, se transforma automáticamente en un depósito regular. Sólo podríamos cuidar ese maletín o caja y luego devolverlo ya que no podríamos utilizar o consumir el efectivo por no tener los medios de acceder a él.

Tampoco quedan dudas que si recibimos dinero en una caja, bolsa, maletín y se encuentra sin llave o si están cerrados y se nos entrega la llave o combinación estaríamos frente un depósito irregular.

También debe destacarse que la finalidad podría definir el tipo de depósito. Si pensamos en un bien como el vino, no dudaremos tampoco en considerarlo fungible y consumible. No obstante, si se entrega una botella de vino muy añeja para exhibición, dicha finalidad impedirá a todas luces la posibilidad de consumirlo, por lo que nuevamente ante una cosa fungible y consumible se configurará un depósito regular.

6.2. Distinciones preliminares sobre el depósito voluntario y el necesario

Como se adelantó, en el depósito voluntario (art. 1356 del CCC), la elección del depositante depende del depositario; en el necesario (arts. 1368 y 1369 del CCC), la persona del depositario aparece impuesta por las circunstancias de una "necesidad imperiosa" que si bien no se precisa en el Código, sin dudas se trata de una ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio, etc. o de los efectos introducidos en los hoteles (o situaciones asimilables —art. 1375 del CCC—). O sea que se contrae bajo la presión de acontecimientos que someten a las personas a una imperiosa necesidad que limita la voluntad libre del depositante de escoger especialmente la persona del depositario.

Consideramos que la identificación del depósito en los hoteles y establecimientos asimilables (hospitales, sanatorios, establecimientos deportivos, restaurantes, garajes y playas de estacionamiento —siempre onerosos—) con el depósito necesario está fundada en que los depositantes que se hospedan o recurren a estos lugares de estacionamiento están —en cierto modo— "forzados" a dejar en manos de los hoteleros ante la concurrencia a ciertos destinos turísticos o no. Si bien es cierto que en la actualidad la diversidad, cantidad y calidad de alojamientos difieren notoriamente de la época en que VÉLEZ SARSFIELD involucró a los "hospedajes", persiste en nuestros días la calidad de necesario o "forzoso" como entonces se llamaba.

Resulta además destacable la asimilación a establecimientos donde se acondicionan espacios para la guarda de vehículos como playas de estacionamiento, establecimientos deportivos, sanatorios, etc. puesto que —sobre todo en las grandes urbes— dichos lugares escasean y muchas veces los automovilistas deben recurrir a este tipo de establecimientos cercanos a destinos donde no siempre, además, cuentan con lugar disponible.

6.3. Capacidad

Como pauta general, tanto depositante como depositario tienen que tener capacidad para contratar. No se requiere que sea dueño de la cosa puede hacerlo todo el que tenga interés en su cuidado (locatario, mandatario, etc.). Aquí cabe precisar que el art. 2197 del Cód. Civil ([ley 340](#)) exigía que fuese dueño de la cosa para que un sujeto se transforme en depositante. Sin embargo, el Código Civil y Comercial no cuenta con una norma similar aunque sí precisa en su art. 1365 que el depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser dueño de la cosa depositada. En consecuencia, si no puede exigirle la demostración de la titularidad del bien, se somete a las obligaciones propias frente a cualquier sujeto que alegue un interés válido en su cuidado.

Sin embargo, como se tuviéramos oportunidad de referir, este principio podría admitir algunas excepciones:

Si el depositante fuese incapaz la nulidad del contrato sólo puede ser demandada por él o sus representantes, pero no por el depositario. El depositante o sus representantes pueden exigir el cumplimiento del contrato y el depositario tiene todas las obligaciones y responsabilidades que le son inherentes.

Si el depositario resultase incapaz, sus representantes legales pueden accionar por nulidad del contrato.

El depositante capaz tiene dos acciones: 1º) Reivindicación de la cosa depositada mientras exista en poder del depositario y 2º) De cobrar al incapaz todo lo que hubiere resultado un enriquecimiento para él a causa del depósito (art. 1000 CCC).

El depositario incapaz, que ha aceptado el depósito de un capaz o un incapaz, si es demandado por pérdidas e intereses originados por no haber puesto los cuidados convenientes para la conservación de la cosa depositada, puede repeler la demanda alegando nulidad del contrato, pero no podría invocar su incapacidad para sustraerse a la acción de restitución de la cosa depositada.

6.4. Objeto y causa

Puede constituirse en "objeto" de depósito tanto los bienes muebles como inmuebles. Dependiendo si se tratase de muebles consumibles o fungibles y su finalidad admitirán la subclasificación en depósito regular o irregular.

Con relación a los bienes inmuebles no nos quedan dudas que si un sujeto decide hacer un viaje y dejar su departamento al cuidado del vecino bastará con el acuerdo para que el depositario deba cuidar de la cosa.

Con relación al elemento esencial "causa", está conformada por la guarda onerosa o gratuita de la cosa. Como expusiera LORENZETTI, es un elemento categorial y calificante de las operaciones jurídicas, por lo que todos los negocios que involucren este motivo determinante como finalidad configuran el depósito.

6.5. Forma y prueba

Como se adelantara al clasificar al contrato, el depósito es un contrato no formal. Puede, por tanto, celebrarse verbalmente, por escrito o recurrir a las formas que las partes consideren convenientes. Existe, en consecuencia, libertad de formas.

A los efectos probatorios, cualquier medio podrá emplearse a los fines de demostrar su existencia y alcance (art. 1019 CCC).

De este modo, se admite su demostración a través de un instrumento público; o particular firmado o no firmado; la confesión; juramento judicial; presunciones; testigos; pericias; etc.

En consecuencia, bien podría contarse con el instrumento a través del cual las partes plasmaron el contenido del negocio o incluso la existencia de un instrumento particular no firmado (ej. con motivo de un evento el *ticket* otorgado en un guardarropas donde se decide dejar al cuidado de una prenda de abrigo).

Tratándose de un depósito voluntario resultaría factible aplicar a determinados casos la última parte del art. 1019 del CCC que establece una restricción respecto de los testigos al precisarse que: "Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos". Sin embargo, dicha eventual restricción debe descartarse de plano en caso de un depósito necesario. A todas luces, como expusiéramos, la libertad en la elección del depositario se ve limitada por eventuales circunstancias (ej. un terremoto) por lo cual ningún tipo de límite o reserva debería oponerse para la demostración de este tipo de depósito.

6.6. Obligaciones de las partes

6.6.1. Obligaciones del depositario en el depósito regular

a) La guarda y custodia: Diligencia debida

Es ésta la obligación fundamental que surge del contrato y de la ley y que conlleva la conservación de la cosa, sea con los actos indispensables, con medidas urgentes o dando aviso al depositante de lo que debe efectuarse para conservarla.

Conforme el art. 1358 del CCC "El depósito debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión. No puede usar las cosas y debe restituirlas, con sus frutos, cuando le sea requerido".

La obligación de custodia, tiende a la conservación o cuidado de la cosa. Asimismo, podría fijarse modalidades o formas de custodia conforme lo prevé el art. 1362 del CCC al referir la norma que: "Si se convino un modo específico de efectuar la custodia y circunstancias sobrevinientes exigen modificarlo, el depositario puede hacerlo, dando aviso inmediato al depositante".

b) Imposibilidad de uso

La obligación de guarda impide, como principio general, la posibilidad de utilizar la cosa que debe sólo cuidarse por parte del depositario. El art. 1358 del CCC prevé en su parte pertinente que el depositario "No puede usar las cosas". Lógicamente se trata de un depósito voluntario regular, porque ello se descartaría de plano en el irregular ya que en él, la parte depositaria puede consumir las cosas como dueña y luego restituir igual cantidad, calidad y especie del bien mueble fungible otorgado.

Ahora bien, dicha imposibilidad de uso es relativa o se prevé como principio. En la medida que el depositante lo autorice bien podría el depositario hacer uso de ella pero dicha facultad no sería una característica propia o inherente al depósito regular.

c) La restitución

El depositario cumple finalmente su prestación (o conjunto de ellas) restituyendo la cosa. En tal sentido, la norma establece que éste "...debe restituirlas, con sus frutos, cuando le sea requerido".

La cosa depositada debe ser devuelta en el lugar en que debía ser custodiada (art. 1361 del CCC), salvo estipulación en contrario.

El destinatario. La restitución debe hacerse al depositante o a quien éste indique. Si la cosa se deposita también en interés de un tercero, el depositario no puede restituirla sin su consentimiento (art. 1363 CCC).

Estado de la cosa, supuesto de deterioro o pérdida. Lógicamente, la cosa debe ser devuelta en el estado que fue entregada, sin que deba responder el depositario de los deterioros que hubiese sufrido sin su culpa, no soportando el caso fortuito, salvo pacto contrario o si fue determinante por su culpa o si ocurrió cuando ya se hallaba en mora para la restitución.

En cuanto a esta particular obligación, el Código Civil y Comercial analiza el supuesto de pérdida de la cosa. En tal sentido se prescribe que: "Si la cosa depositada perece sin culpa del depositario, la pérdida debe ser soportada por el depositante" (art. 1364 del CCC).

Asimismo, como hemos tenido oportunidad de referir, respecto al alcance de la obligación de custodia, será la propia naturaleza de la cosa lo que lo va a determinar.

A veces es necesaria la realización de actos jurídicos como por ejemplo la contratación de un seguro si es que esta es la forma en que el depositario actúa con sus bienes, pero ello, cabe aclarar, no la asimila al mandato.

Fallecimiento del depositario. Si el depositario falleciese antes de efectuar la devolución de la cosa, serán sus herederos quienes deberán hacer efectiva la restitución.

No obstante, cabe aclarar que ante el fallecimiento del depositario, si los herederos —de buena fe— llegasen a enajenar la cosa cuyo depósito ignoraban sólo deben restituir el precio recibido al depositante. Así lo prescribe el art. 1366 del CCC al puntualizarse si "Los herederos del depositario que de buena fe haya enajenado la cosa depositada sólo están obligados a restituir al depositante el precio recibido. Si éste no ha sido pagado, deben cederle el correspondiente crédito".

Lugar de restitución. Como se refiriera al comienzo de este acápite, la cosa depositada debe ser restituida en el lugar en que debía ser custodiada (art. 1361 del CCC), salvo —desde luego— pacto en contrario.

Plazo para la restitución. Si se conviene un plazo, se presume que lo es en favor del depositante. Pero si el depósito es gratuito, el depositario puede exigir del depositante, en todo tiempo, que reciba la cosa depositada (art. 1359 del CCC).

d) Derecho de retención

Si bien el Código Civil y Comercial no lo prescribe, entendemos que el depositario tiene derecho de retener la cosa depositada, hasta el entero pago de lo que se le deba en razón del depósito.

e) Obligación de confidencialidad o secreto

Si se tratase de la entrega de cosas fungibles en cajas, bultos, maletines, etc. todos ellos cerrados y sin acceso al contenido, constituye un depósito regular en el que el depositario debe guardar secreto de lo entregado.

6.6.2. Obligaciones del depositario en el depósito irregular

Como se viera, en el supuesto irregular, la cosa resulta fungible o consumible y, por tanto, se transmite su dominio. En conclusión, su utilización está implícita al poder consumirse y la obligación reside en devolver la cosa en igual calidad y cantidad (art. 1367 del CCC).

Desde luego, se aplican las pautas ya mencionadas para el supuesto de depósito regular como en el caso de tiempo y lugar, sin embargo la principal diferencia radica en que no se podrá devolver la misma cosa, ni que ésta puede perecer ya que debe restituir igual cantidad, calidad y especie de lo recibido.

6.6.3. Obligaciones del depositante

Si bien el Código Civil y Comercial consagra una norma específica vinculada con las obligaciones del depositario, no ocurre lo mismo con la figura del depositante.

No obstante, partiendo del contrato oneroso, podemos advertir que existe una obligación de entrega de la cosa por parte de este sujeto que será objeto del negocio.

Asimismo, al tratar la presunción de onerosidad del vínculo, establece que el depositante debe efectuar el reembolso de los gastos razonables en que incurra el depositario para la custodia y restitución (art. 1357 del CCC).

En cuanto a las mejoras útiles, entendemos que procede el reembolso del mayor valor creado, pues de otra manera habría enriquecimiento sin causa, tanto éstos, como en los gastos necesarios, pensamos que deben restituirse teniendo en cuenta la depreciación monetaria.

Las mejoras voluntarias no son reembolsables, pero el depositario tiene el derecho de rentarlas siempre y cuando no lesione la cosa depositada.

En cuanto a los gastos de transporte, también están a cargo del depositante.

Por otra parte, el depositante tiene la obligación correlativa de recepción. Pues, así como el depositario debe devolver la cosa en tiempo oportuno, el depositante debe recibirla. Caso contrario podría ser puesto en mora por su cocontratante y pasible de reclamos por daños y perjuicios.

Finalmente, deberá el pago del precio de tratarse de un depósito oneroso.

6.7. Extinción

a) El depósito culmina por cumplimiento de plazo si se ha fijado. También podría existir un plazo tácito si éste no ha sido pactado expresamente pero la devolución depende de alguna condición o circunstancia como el depósito de una cosa mientras dure un viaje del depositante.

De no existir plazo y, sobre todo, tratándose de depósito gratuito podrá el depositante solicitar la devolución anticipada de la cosa. Así también el depositario podría plantear en cualquier momento la restitución aunque, dependiendo del objeto, no debería ser intempestiva al punto de poder generarle al depositante un daño.

b) Finaliza también por pérdida de la cosa.

c) También se extingue por rescisión unilateral, bilateral o resolución.

d) Por confusión de las condiciones de depositante y depositario.

El depósito voluntario no se resuelve por fallecimiento de las partes. Las obligaciones se trasladan a sus herederos. Dicha situación no se extiende al depósito necesario.

6.8. El depósito necesario

Hemos visto que el depósito necesario se vislumbra cuando el depositante no puede elegir libremente la persona del depositario. Se observa en situaciones imprevisibles, caso fortuito, fuerza mayor, que llevan a la "necesidad" de efectuar el depósito. O, incluso, por el ingreso de pasajeros y sus bienes a hoteles o establecimiento o lugares asimilables (restaurantes, sanatorios, etc.).

El depósito necesario es regulado de modo expreso en el Código Civil y Comercial en los arts. 1368 a 1375.

Se comienza en el texto puntualizándose que: "Es depósito necesario aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros".

Con relación a la norma incluida en el Código Civil y Comercial, se advierte que no se identifican los supuestos o acontecimientos que habilitarían el nacimiento del depósito necesario. Cabe recordar que los arts. 2187, 2227 y 2228 del Cód. Civil ([ley 340](#)) establecían algunos casos (aunque no de modo taxativo) al referir a desastres como incendios, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, en ocasión de peligro o supuestos de fuerza mayor.

Si bien dichas circunstancias no son abarcadas por las normas del depósito en el nuevo Código Civil y Comercial, entendemos que son ejemplificativas y se mantienen vigentes habilitándose la incorporación de otras situaciones similares que sometan a las personas a necesidades imperiosas de dejar sus pertenencias en manos de terceras personas para su cuidado. Cabe precisar, asimismo, que la mera dificultad de elección del depositario no lo transforma al contrato en necesario.

Entendemos que el depósito necesario también podría ser regular o irregular.

6.9. El supuesto del depósito en hoteles y establecimiento asimilables

El depósito en los hoteles tiene lugar por la introducción en ellos de los efectos de los viajeros, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes y aunque aquellos tengan las llaves de las habitaciones donde se hallen tales efectos (art. 1369 del CCC).

Como se advierte de la norma especialmente se regula la introducción de efectos a hoteles aunque rige para todo tipo de establecimientos de alojamientos (posadas, cabañas, etc.). Esta amplia visión, ha sido actualmente extendida a otros establecimientos y locales asimilables. Así el art. 1375 del CCC prevé que: "Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso...".

De modo que la visión del depósito necesario en la actualidad ha de adquirir gran preponderancia y aplicación, sobre todo, en las grandes ciudades donde los espacios para la guarda o estacionamiento de vehículos, escasean. Asimismo, en la medida que se configuren los supuestos de los arts. 1092 y 1093 del CCC, bien nos podríamos encontrar ante típicas situaciones de consumo.

6.9.1. Responsabilidad de los hoteleros

El hotelero debe responder ante el viajero por los daños y perjuicios sufridos en los bienes que introduce al hotel (equipaje, vestimenta, computadora personal, teléfono celular, etc.) así como también respecto de vehículos que se guarden en el establecimiento o lugares dispuestos a tales fines (auto, moto, etc.).

Si bien no lo precisa el art. 1370 del CCC que prescribe en materia de responsabilidad, el hotelero es responsable además por sus dependientes y terceros (ej. proveedores) aunque encontramos adecuado mantener excepciones, como preveía el Código Civil ([ley 340](#)), con relación a familiares del pasajero y eventuales visitantes que el viajero permita el ingreso a la habitación. Si se agrega en el Código Civil y Comercial que el hotelero no responderá frente a daños causados por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera, como tampoco de los objetos dejados dentro de los vehículos de los viajeros (art. 1371 del CCC). La carga probatoria de estos supuestos de exoneración quedará en cabeza del depositario.

Debe mencionarse que la responsabilidad de los dueños de hoteles es contractual objetiva por lo que no pueden eximirse mostrando su falta de culpa, sólo podrán eximirse demostrando —básicamente— el caso fortuito o fuerza mayor.

6.9.2. Efectos introducidos

Como se adelantó, los hoteleros se responsabilizan por los bienes introducidos al establecimiento como así también el vehículo del que se valga el pasajero que coloque bajo el cuidado del primero.

Estos bienes que la ley tilda de "efectos" resultan de lo más variados pero ordinarios o habituales para los viajeros. En tal sentido, quien viaja por placer o incluso por trabajo suele llevar consigo diferentes tipos de vestimenta o indumentaria, cámara fotográfica, filmadora, algún dispositivo tecnológico portátil como una *notebook* o *tablet*, celular, reloj, algún tipo de collar, anillos o aros, etc.

Cabe aclarar además que los ejemplos meramente ilustrativos arriba referenciados son enunciativos y muchos de ellos podrán ir mutando o cambiando según tiempos. Piénsese en los diversos elementos tecnológicos que años atrás eran impensados y que hoy resultan habituales en nuestras rutinas.

No obstante, cabe la aclaración para aquellos bienes de un alto valor y que no suelen, de modo ordinario, ingresarse a los hoteles. Si bien la ley no prevé que como huéspedes hagamos un inventario y exhibamos todos nuestros efectos personales al hotelero, sí admite un supuesto especial para las "cosas de valor". Se prescribe que: "El viajero que lleve consigo efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros debe hacerlo saber al hotelero y guardarlos en las cajas de seguridad que se encuentren a su disposición en el establecimiento. En este caso, la responsabilidad del hotelero se limita al valor declarado de los efectos depositados".

En tal sentido, no deberemos declararle al hotelero que ingresamos con una cadena de plata y un pequeño anillo de oro. Sin embargo, si llevamos una costosa colección de alhajas; una pintura valiosa; una alta suma de dinero (ej. con motivo de un viaje de negocios) la norma exige colocarlo en conocimiento del depositario a fin de que evalúe su recepción y, en caso de aceptarlos, pueda tomar todos los recaudos adicionales como, por ejemplo, disponer de una caja de seguridad si el establecimiento contara con ella.

Si esta declaración no la hiciese el depositante, habilitaría la eximición de responsabilidad del depositario a quien la ley no exige su responsabilidad para elementos de excesivo valor. En tal sentido, en el art. 1373 del CCC, se expresa que: "Si los efectos de los pasajeros son excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o su guarda causa molestias extraordinarias, los hoteleros pueden negarse a recibirlos".

Por último, como se adelantó, también deben guardar los hoteleros los vehículos en los que se movilicen los pasajeros y que coloquen bajo la custodia del depositario. Lo que resulta lógico y esperable aunque no compartamos la exclusión de responsabilidad por eventuales objetos dejados en los vehículos. Pues nos preguntamos cuál sería la diferencia si se le sustrae un teléfono celular de la habitación del pasajero o del

automotor que dejó en el garaje acondicionado especialmente para la guarda. Ahora bien, dicha substracción no regirá respecto de garajes, lugares y playas de estacionamiento que prestan sus servicios a título oneroso (art. 1375 del CCC), situación que se coloca de resalto al analizar los establecimientos asimilables a los hoteles.

6.9.3. Cláusula que limitan o excluyen la responsabilidad

Como principio, toda cláusula contractual, cartel, anuncio o disposición que tienda a limitar la responsabilidad del hotelero depositario será de ningún valor. La ley prevé que: "...toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita" (art. 1374 del CCC). En consecuencia, aun cuando el pasajero firme un instrumento al ingresar a un hotel y consienta algún tipo de limitación o situación que excluya de responsabilidad al depositario no tendrá virtualidad alguna. Se considerará este precepto de orden público por lo que no será disponible para las partes. Existe, claramente, una voluntad del legislador de que no se produzcan abusos o excesos por parte de depositarios y que, en consecuencia, estipulen cláusulas exonerativas que impongan al viajero aceptar. Dicha medida resulta lógica y máxime cuando nos encontramos frente a una gran mayoría de verdaderas situaciones que encierran relaciones de consumo.

7. LOS SUPUESTOS DE CASAS DE DEPÓSITOS

Ya analizados los supuestos de depósitos voluntario y necesario, corresponde hacer una breve referencia a las casas de depósitos que expresamente regula el Código en la sección 4ª del Capítulo en estudio.

Resultan de gran utilización en el tráfico nacional e internacional de mercaderías, sobre todo, cuando se requieren condiciones especiales como frío, calor, etc. Estas casas de depósito constituyen un medio (muchas veces altamente especializado) de protección de mercadería a fin de evitar pérdidas o averías en el caso de relaciones comerciales.

En el Código Civil y Comercial se establece que los propietarios de casas de depósitos son responsables de la conservación de las cosas allí depositadas, excepto que prueben que la pérdida, la disminución o la avería ha derivado de la naturaleza de dichas cosas, de vicio propio de ellas o de los de su embalaje, o de caso fortuito externo a su actividad. La tasación de los daños se hará a través de peritos arbitradores (art. 1376 del CCC).

Como lógica obligación de guarda, los responsables de las casas de depósito responden por las mercaderías introducidas. Las excepciones que establece la norma se vinculan con razones intrínsecas (naturaleza o vicio de la cosa) o extrínsecas (embalaje o caso fortuito).

Por otra parte, los propietarios de estas casas de depósito deben:

Dar recibo por las cosas que les son entregadas para su custodia, en el que se describa su naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida (inc. a, art. 1377 del CCC).

Permitir la inspección de las cosas recibidas en depósitos al depositante y a quien éste indique (inc. b, art. 1377 del CCC).

1. INTRODUCCIÓN

En las primeras comunidades cuando se utilizaban diversos elementos como el dinero fue necesario que alguien se dedicara a mensurar e intercambiar esos elementos facilitando las transacciones de compra y venta entre los habitantes de dicha comunidad. Es decir que los primeros banqueros fueron cambistas porque se dedicaban a intercambiar cosas que fungían como dinero (MAX WEBER, COTTELY ESTEBAN). Con el tiempo esos banqueros se transformaron en personas de confianza de quienes realizaban las transacciones y se hicieron custodia de ese dinero.

El manejo de dinero de los distintos pueblos, convirtió a los banqueros en personas de mucho poder, confiriéndoles una posición dominante en la vida común y por lógica consecuencia en el tráfico mercantil. Esa posición dominante de los bancos se trasladó a la contratación con el público, siendo ellos los primeros en utilizar los contratos en serie, preelaborados por ellos, donde establecían las condiciones de esa contratación (VILLEGAS).

Esto llevo también a que desde la antigüedad, algunos gobernantes establecieran reglas tendientes a limitar ese poder y su posición dominante en la sociedad.

Los bancos realizan diariamente distintas operaciones que se traducen luego en contratos que celebran con sus clientes. Las operaciones son el diseño interno de cada producto que los bancos ofrecen, que luego mediante pactos o acuerdos con los adquirentes de ese servicio se transforman en contratos, mediante los cuales cumplen su objeto social.

Los contratos bancarios se definen comúnmente por el sujeto banco que los lleva a cabo en forma masiva y estandarizada y que mediante tales actos realiza su actividad empresaria profesional, en cumplimiento con su objeto social.

Actualmente la nueva regulación del código al aludir "contratos bancarios" alcanza no sólo a los contratos que celebren los bancos en ejercicio de su actividad específica sino también a las operaciones que realiza otras entidades como compañías financieras y cajas de crédito, comprendidas también en la ley de entidades financieras 21.526 y sus modificatorias. De todos modos hay operaciones que sólo pueden realizar los bancos y que están prohibidas o limitadas para las demás entidades.

2. CONTRATOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS

El art. 1384 del CCC establece que: "Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093".

Teniendo en cuenta en el mismo sentido que lo señala VILLEGAS que el "cliente" del banco es siempre un "consumidor", conforme las reglas de los arts. 1092 y 1093 del CCC, también resultan aplicables a los contratos bancarios las reglas del título III sobre contratos de consumo (arts. 1092 a 1122 del Código). En este sentido, las reglas para establecer si un contrato es de consumo se fijan en el art. 1092 que, reiterando los términos de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, con las modificaciones de la [ley 26.361](#) prescribe que "se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". El "cliente bancario" sea un individuo un ente social contrata el servicio bancario como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo social.

De esta manera, puede observarse que las modificaciones introducidas en la [ley 26.361](#), cuyo texto recoge el Código, elimina el primer párrafo del art. 2º de la ley de defensa del consumidor que excluía del carácter de consumidor a "...quienes adquieran, almacenen, utilizan o consuman bienes o servicios para integrarlos con proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros", lo que permitía excluir los contratos de crédito que celebraban los comerciantes y las sociedades comerciales".

Por lo expuesto, conforme las reglas del art. 1092, todos los contratos bancarios, sin exclusiones son contratos de consumo.

Conforme lo establece VILLEGAS, se trata de un error metodológico porque a los contratos bancarios, le son aplicables todas las normas de Defensa del consumidor, tanto las que surgen de las previstas en el Código, como las que se consagran en la [ley 24.240](#) y su modificación de la [ley 26.361](#). Razón por la cual, consideran que las disposiciones de los arts. 1384 al 1389, resultan claramente innecesarias y lo que es más grave contraproducentes.

2.1. Deberes del banco

El deber de información del banco, previo a la suscripción del contrato debe ser suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el mercado.

También tiene la obligación de informar al cliente en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente donde la obtuvo. De esta forma, ante la causa negativa de un crédito proporciona al consumidor la posibilidad de corregir esa información si fuera errónea o desactualizada.

Los contratos bancarios deben redactarse por escrito, de modo de permitir al cliente obtener copia del mismo, conservar la información que le fuere entregada por el banco al suscribir el contrato y poder acceder a ella durante el plazo de ejecución del contrato y finalmente poder reproducir la información archivada.

2.2. Responsabilidad del banco

En el caso que el banco proporcione asesoramiento al cliente o consejo, respecto de una manera de actuar, para que el cliente tome una determinada decisión, sea sobre la adquisición de algún producto bancario o financiero sobre la administración de sus bienes o la realización de alguna inversión. Situación que se da con independencia que el banco perciba o no una remuneración por ese asesoramiento. Relación jurídica que obliga al banco a conducirse de buena fe y con diligencia profesional y que es generadora de responsabilidad.

Así, por inexactitud de información, o error o defecto en el consejo o asesoramiento, el banco resulta responsable por cualquier daño que le genere al cliente.

2.3. Nulidad del contrato

El Código prevé en el art. 1398 la nulidad del contrato, para el caso que éste no contenga información sobre el tipo de contrato y partes del mismo, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso. Se obliga a los bancos a informar sobre las condiciones económicas del contrato, su precio (tasa de interés), gastos y demás elementos que influyan en el costo financiero total.

3. DEPÓSITO BANCARIO

El Código regula separadamente el "depósito en dinero" en el art. 1390, el "depósito a la vista" en el art. 1391 y el "depósito a plazo" en el art. 1392 del CCC.

a) Depósito en dinero

El Código describe el contrato, poniendo el acento en dos elementos esenciales, la transferencia de la propiedad del dinero depositado del depositante al banco depositario y la obligación del banquero de restitución del dinero recibido en depósito, en dinero de la misma especie que la recibida.

La transferencia en propiedad del dinero depositado resulta sustituido por el derecho de crédito que nace en cabeza del depositante y tiene como deudor al banco. Y como el cumplimiento de esa obligación del banco está vinculado la buena marcha del banco, resulta esencial que para ello el banco administre los dineros recibidos en depósito con el cuidado de un comerciante leal y diligente.

Respecto de la obligación del banco de restituir el dinero depositado, impone que lo sea en moneda de la misma especie y a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del plazo del depósito o del período de preaviso convenido, en su caso.

b) Depósito a la vista

En estos tipos de contratos, la obligación básica del banco depositario es la guarda y cuidado del dinero dado en depósito, a fin de asegurar el derecho del depositante de poder disponer de ellos libremente en todo momento, lo que pondría de relieve que la transmisión en propiedad no es perfecta.

VILLEGAS establecen que en el caso de los depósitos a la vista, estamos en presencia de una transferencia "fiduciaria o en fideicomiso antes que una transferencia en propiedad perfecta o común".

Tiene plena relevancia las obligaciones de guarda y cuidado propias de un fiduciario, con la de mantener los fondos a total disponibilidad del depositante ya que el derecho de usar esos fondos por el banco carece de contraprestación a cargo de éste, pues no son remunerados.

Así, se protege mejor los derechos de los depositantes ante situaciones de crisis de los bancos, al quedar estos fondos bajo el amparo de la propiedad fiduciaria, en forma separada e independiente del resto de los fondos recibidos por los bancos.

Debemos destacar que estos depósitos comprenden los efectuados en cuenta corriente y cuenta caja de ahorro de los clientes de los bancos, en busca de seguridad, confiados en que podrán contar con las sumas depositadas cuando lo necesiten, sea para sus gastos comunes, como para el desenvolvimiento económico de las empresas.

A partir del siglo pasado comienza a utilizarse en todos los países desarrollados, la tarjeta de débito como el instrumento para efectuar retiros en cajeros automáticos de los depósitos a la vista.

c) Depósito a plazo

En estos contratos la transferencia en propiedad es perfecta y tiene como contraprestación el pago de intereses por el tiempo que dure el depósito. Ese derecho está condicionado a que el depositante no retire el depósito antes del vencimiento del plazo pactado, regla que estaría indicando implícitamente, que el depósito tiene derecho a retirar la suma depositada antes del vencimiento del plazo convenido, renunciando al cobro de intereses por el tiempo que hubiera transcurrido hasta ese momento, sin embargo, en estos depósitos que se instrumentan mediante certificados, debe constar el monto del capital del depósito y el monto de los intereses calculados al día del vencimiento.

3.1. Obligaciones de las partes

En el depósito ordinario el depositario se obliga a custodiar al objeto y a restituir cuando lo requiera el depositante. En el depósito bancario la obligación de custodia en sentido estricto desaparece, porque el depositario ha obtenido las sumas recibidas en propiedad.

La obligación de mantener en caja un porcentaje mínimo de los depósitos recibidos se corresponde con la obligación del mismo banco de mantener liquidez suficiente para poder cumplimentar las restituciones solicitadas.

El banco cumple con su obligación restituyendo la misma suma que recibió del cliente porque su deuda tiene un riguroso esquema nominalista.

4. CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Se encuentra regulado en el art. 1393 del CCC, en el cual lo define como aquel "...contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja".

FERNÁNDEZ Y GÓMEZ LEO definen a la cuenta corriente bancaria como un contrato mediante el cual se disciplina futuras relaciones jurídicas, emergentes de relaciones plurales, con especial referencia a las que una entidad bancaria, en los límites de su organización empresarial, realiza por cuenta y orden de su cliente.

De su parte, GILARDI entiende que la cuenta corriente bancaria no es más que una modalidad de cumplimiento de ciertos contratos bancarios de crédito, consistente en prolongar su ejecución en el tiempo y registrarlos contablemente como una cuenta de gestión.

Conforme lo establece VILLEGAS, la norma en comentario señala dos obligaciones básicas para el banco: a) la de registrar diariamente en la cuenta del cliente los débitos y los créditos de modo de mantener el saldo de la cuenta actualizado; y b) la de mantener ese saldo en disponibilidad del cuentacorrentista.

Por otro lado, además, del soporte contable, donde el banco volcará los resultados económicos provenientes de los depósitos a la vista que vaya realizando el cliente y los créditos que a su vez otorgue el banco, se requerirá de un elemento jurídico imprescindible y necesario para el funcionamiento de esta cuenta, cual es el "instituto de la compensación", regulada en los arts. 921 al 930 del Código como un modo de extinguir las obligaciones. En la cuenta corriente bancaria la compensación opera en forma automática y va compensando cada registro de débito y crédito y arrojando un saldo, que de ser favorable al cliente debe mantenerse siempre disponible a su favor. Este elemento jurídico no está mencionado en la norma en mención, pero resulta del propio funcionamiento de la cuenta y de la obligación del banco de mantener el saldo actualizado que si establece la norma.

La norma dispone que el banco puede prestar otros servicios vinculados a la cuenta corriente que hubiera convenido con el cuentacorrentista o surjan de la reglamentación o de los usos y prácticas.

El cuentacorrentista puede convenir con el banco otros servicios a ser prestados como adicionales al contrato, por ejemplo, la posibilidad que el cliente convenga con el banco el servicio de cheque que resulta opcional contratar o no, también el servicio de uso de cajeros automáticos que requiere la provisión de una tarjeta de débito que emite el banco.

4.1. Caracteres

1) *Adhesión a cláusulas generales predispuestas*: donde el banco es quien establece su contenido y el cliente adhiere al mismo, sin haber participado en su redacción tal como lo define el art. 984 del Código.

2) *Bilateral*: establece prestaciones a cargo de ambas partes contratantes para poder funcionar (art. 966 del CCC).

3) *De larga duración o de tiempo indeterminado*: perdura en el tiempo.

4) *Bancario*: necesariamente una de las partes debe ser un banco ([Ley 21.526](#)).

5) *Consensual*: queda perfeccionado por el mero consentimiento de las partes.

6) *Típico*: se trata de un contrato regulado específicamente en los arts. 1393 a 1407 del CCC y por distintas normas reglamentarias dictadas por el Banco Central de la República Argentina desde 1963.

7) *Oneroso*: mediante la celebración del presente contrato ambas partes obtienen ventajas: el cliente se beneficia del servicio de custodia y caja de crédito que le fue otorgado, mientras que el banco al adquirir la propiedad de los fondos que el cliente deposita, realiza su actividad intermediadora del crédito, percibiendo ganancias con las operaciones activas. El crédito dado por el banco al cliente, al atender el pago de los cheques en descubierto, genera para la entidad un interés que ésta percibe por los saldos correspondientes y durante el período que el descubierto dure.

8) *De consumo*: objetiva y subjetivamente el contrato bancario constituye contrato de consumo en la medida que el cliente sea consumidor final de una operación de crédito, activa o pasiva, lo que excluye al consumo cuyo objetivo es para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

9) *Intuitu personae*: el banco se reserva la facultad de analizar y evaluar la solvencia y la situación económica y patrimonial del futuro cliente, antes de concretar el contrato, pudiendo por tal motivo: revisar dichas condiciones a lo largo de toda la vida del contrato, con la finalidad de variar sus condiciones, agravándolas o bien rescindiendo el contrato si tales hubieren variado a criterio del banco de manera de justificar dicha decisión.

4.2. Tipificación del contrato

Tres son las notas tipificantes de este contrato a saber:

a) *Provisión de fondos*: la cuenta puede operar ya sea mediante el depósito de fondos o bien mediante la apertura de crédito, esto es, en descubierto. El depósito de fondos puede ser efectuado por el cuentacorrentista titular o por cualquier tercero, ya sea de dinero en efectivo, de cheques a su favor sobre el banco donde la cuenta se halla abierta u otros bancos, o a través de transferencias bancarias de fondos correspondientes a cuentas propias o de terceros. La cuenta puede nutrirse además del efectivo o de las transferencias que realice el titular, de un crédito acordado con el propio banco por éste, a raíz de que el banco acredite determinada suma, sobre la que el cliente pueda girar librando cheques o disponiendo según órdenes a cumplir hasta el monto máximo de ese crédito, o descubierto. El monto máximo o límite del descubierto puede ser reducido por el cliente, realizando depósitos o acreditando valores que lo disminuyan o bien que anulen el crédito otorgado por el banco, pero siempre conservando la facultad de girar hasta el descubierto convenido con aquél. La institución percibirá intereses sobre el saldo del descubierto utilizado por el cliente, compensatorios, pues atienden al uso del capital por el cliente.

b) *Disponibilidad*: se refiere a la existencia de un crédito disponible, al que se obliga el banco frente al cliente, líquido para ser entregado cuando éste lo requiera. Dicho crédito puede deberse a la propia provisión efectuada por el cliente o bien, al crédito otorgado por el banco en forma de descubierto (apertura de crédito). Se caracterizó la disponibilidad como la potestad (derecho) que tiene el cliente de hacer exigible unilateralmente el crédito actual o potencial obrante en su favor en la cuenta corriente. Por *actual* se entiende a la situación que habida cuenta la disponibilidad resulta de la previa provisión de fondos volcados a la cuenta, por *potencial*, cuando aquella deriva de la apertura de crédito en cuenta otorgado por el banco.

c) *Servicio de caja*: es el objeto o finalidad principal de la cuenta corriente bancaria, contrato accesorio de la cuenta que refiere el modo en que el cliente dispone de los fondos depositados en la cuenta, mediante el libramiento de cheques.

4.3. Clases de cuenta

Distintos son los parámetros que pueden utilizarse para determinar diferentes clases de cuentas, conforme la siguiente reseña:

a) *Fondos*: según se cuente con fondos provistos efectuados por el cliente, se tratará de una cuenta corriente bancaria con provisión de fondos, o si de tratarse de una cuenta que opera con fondos provenientes del crédito autorizado por el banco, se tratará de una cuenta corriente bancaria a descubierto.

b) *Titularidad*: la cuenta corriente bancaria puede ser abierta por una persona física o jurídica o por varias a la vez. En el primer caso, se trata de una cuenta corriente unipersonal, y en el segundo caso, de una pluripersonal. En ambos casos, ello no determina que el titular o titulares de la cuenta puedan autorizar a otras personas para que conjuntamente con ellos, o sin ellos, puedan operar la cuenta, dando lugar a la cuenta corriente conjunta o indistinta.

c) *Orden*: se trata aquí de distinguir si la cuenta abierta a la orden de varias personas pueden serlo a la orden conjunta (colectiva) o indistinta (recíproca), correspondiendo:

—A la orden conjunta: requiere de la firma de todos los sujetos a cuya orden está abierta la cuenta para que funcione cada una de las distintas órdenes que se le imparten al banco, a fin de hacer funcionar el servicio de caja. La indivisibilidad que dicha modalidad resulta, determina que si fallece uno de los cotitulares de la cuenta conjunta, la cuenta debe cerrarse y el banco hará de entregar el saldo disponible, mediante disposición judicial que así lo disponga. De la misma manera que si se trabara embargo sobre uno de los cotitulares de la cuenta conjunta, dicha medida debe recaer sobre el saldo disponible, sin perjuicio que el cotitular ajeno a la medida pueda solicitar el levantamiento en la parte que le corresponde.

—A la orden indistinta cada uno de los titulares lo es por el total de la cuenta, de manera que cualquiera de ellos puede librar giros aun por el total del saldo disponible, lo que lo convierte a cada uno de ellos en deudores solidarios frente al banco, bien que en caso de conclusión del contrato, el banco podrá entregar los

fondos habidos a cualquiera de los titulares. Idéntica solución resulta si fallece uno de los titulares, pues el recíproco recibirá el monto total de la disponibilidad. En caso de embargo que afecte a uno de los titulares de la cuenta indistinta, recae por el total sobre la disponibilidad de la cuenta, sin respetar la parte correspondiente al titular embargado.

4.4. Obligaciones de las partes

Del banco

- 1) Entregar boletas de depósito y formularios de cheques
- 2) Mantener al día la cuenta
- 3) Recibir los depósitos y acreditar en plazo
- 4) Enviar extracto de la cuenta al cuentacorrentista
- 5) Guardar el secreto bancario
- 6) Atender el servicio de cheques

Del cuentacorrentista

- 1) Mantener fondos suficientes
- 2) Actualizar sus datos
- 3) Abonar gastos y comisiones liquidados por el banco
- 4) Conformer u observar el extracto de cuenta
- 5) Mantener un regular uso del cuaderno de cheques
- 6) Deber de información

4.5. Cierre de la cuenta corriente bancaria

La finalización del contrato en estudio, puede resultar de la voluntad de cualquiera de las partes, en tanto las alternativas del cierre de la cuenta se habrán fijado en el respectivo contrato de apertura de cuenta (art. 1404 CCC).

También, el contrato puede concluir por vencimiento del plazo fijado para su duración, o por voluntad concurrente de las partes.

Por causas relativas al cliente

- 1) Por decisión unilateral.
- 2) Por fallecimiento o incapacidad sobreviniente del cliente.
- 3) Por declaración de quiebra.

Por causas relativas al banco

- 1) Decisión del banco.
- 2) Acuerdo contenido en el contrato de apertura de cuenta.
- 3) Por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco.

Por otras causas

- 1) Por disposición del Banco Central de la República Argentina.
- 2) Por las distintas causales que surjan de la reglamentación o de la convención.

5. PRÉSTAMO Y DESCUENTO BANCARIO

5.1. Préstamo

El art. 1408 del CCC, establece que "el préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de sus intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado".

Conforme lo establece VILLEGAS, se trata de un contrato bilateral con prestaciones comprometidas por ambas partes. El banco se obliga a entregar una suma de dinero, y el cliente a su devolución con más los intereses convenidos. La devolución deberá efectuarse en el tiempo y en la especie de moneda estipulada.

5.2. Clases de préstamo

5.2.1. Préstamo en dinero

Es una operación bancaria activa. Es un servicio frecuentemente ofrecido a los industriales, comerciales y agricultores. Los banqueros hacen anticipos con los fondos recibidos en depósito, constituyéndose en intermediarios entre los capitales que tienen los fondos disponibles y los productores o comerciantes que solicitan el crédito. El beneficio del banco consiste en la diferencia entre el interés módico que ellos abonan a los depositantes y el interés más elevado que ellos retiran de los capitales prestados.

El préstamo puede ser concedido de diversas modalidades: 1) a sola firma, 2) con varias firmas, 3) con garantía prendaria o hipotecaria, 4) con fianzas o avales, o sin ellos.

El préstamo bancario se realiza mediante la entrega de fondos al beneficiario, quien a su vez se obliga a pagar los intereses convenidos y a reembolsar las sumas en las condiciones previstas por el contrato, sea de una vez, sea por vencimientos escalonados, mensuales, trimestrales o anuales.

5.2.2. Préstamo de títulos

Este contrato es utilizado cuando es necesario contar con títulos para la garantía de una operación y se quiere evitar gastar recursos para la compra de los mismos. El banco presta títulos a cambio de una comisión y por un plazo determinado, vencido el cual se deberá devolver igual cantidad de la misma especie o pagar su equivalente a la cotización del mercado en el cual coticen los mismos.

5.3. Descuento

Por otro lado, en el art. 1409 del CCC se encuentra regulado el descuento bancario y en donde se dispone que: "El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado. El banco tiene derecho a la restitución de la sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letra de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título".

Conforme lo establece VILLEGAS, es común en la actualidad que las empresas comerciales, industriales y de servicios reciban de sus clientes documentos de crédito como una forma de instrumentar sus acreencias, ya que muchas de las ventas son financiadas, las empresas acumulan en sus activos sumas importantes de "cuentas a cobrar". Y en tal situación y como dichos documentos son pagaderos a fecha futura, el empresario puede retenerlos hasta el vencimiento y cobrarlos él directamente, o bien "descontarlos" en un banco.

Si el comerciante "descuenta" sus letras u otros títulos valores en un banco, mejora su "liquidez", porque a cambio de créditos a futuro recibe dinero contante.

Se trata de un contrato consensual, teniendo en cuenta la iniciativa del cliente del banco que solicita el descuento de un crédito que tiene contra terceros, de plazo no vencido y dispone que éste se obligue a cederlo al banco y éste a anticiparle el monto de ese crédito, deducidos los intereses.

Como la norma no dice qué intereses debe pagar el cliente, VILLEGAS entiende que éstos se determinan por la tasa vigente en el banco para ese tipo de operaciones, calculados por el tiempo que falta para el vencimiento del crédito. Y como se percibe en el momento en que el banco realiza su prestación, descontando la suma resultante, del monto del crédito que anticipa el banco, la operación recibe el nombre de "descuento".

5.4. Cargas y obligaciones del banco en el contrato de descuento

1) Aceptada la operación, deberá entregar la suma que corresponda conforme con el contrato acordado al cliente, para la restitución (en el supuesto de documentos impagos) en el mismo plazo consignado en los documentos descontados; 2) el banco (cesionario) tiene la obligación de intentar cobrar del tercero la letra, pagaré o documentos de que se trate, requerimiento de pago y protesto, llegado el caso, para evitar la caducidad de las acciones de regreso.

5.5. Cargas y obligaciones del cliente

1) El cliente debe informar al banco, sin reticencia, sobre cada documento que presenta al descuento: causa, solvencia del librador, avalista, datos identificatorios de los obligados al pago, etc. Ello no impide la presentación de letras o pagarés de favor; 2) el endoso de los documentos por tratarse de títulos de crédito (forma de transmitir la propiedad); 3) pagar los intereses —descuentos— por anticipado, en el momento en que el banco entrega los fondos, 4) obligación subsidiaria de pagar la suma adelantada por el banco, es decir, cuando el obligado principal no lo hiciere a su vencimiento.

6. APERTURA DE CRÉDITO

Se encuentra regulado en el art. 1410 del CCC y lo define de la siguiente manera: "En la apertura de crédito, el banco se obliga, a cambio de una remuneración en la moneda de la misma especie de la obligación principal, conforme con lo pactado, a mantener disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado, si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado".

En este contrato el banco no entrega dinero al cliente, sino que abre un crédito hasta una suma determinada y para ser utilizada dentro de un tiempo también establecido.

Así, el objeto de este contrato es el "crédito" o "la disponibilidad de dinero", que consiste en el poder de empleo de una suma de dinero ajena, o más bien de un derecho de crédito contra el banco.

A diferencia del mutuo en donde la prestación del banco es de ejecución instantánea, en la apertura de crédito es de ejecución continuada. Puede ocurrir que el banco se comprometa a atender las libranzas que contra su cuenta corriente realice el cliente hasta una suma determinada o a mantener una cierta "disponibilidad de crédito" en esa cuenta, a favor del cliente, durante un cierto tiempo y a una determinada tasa de interés, más una comisión por el servicio. También puede consistir en la promesa del banco de contraer o asumir una obligación por cuenta del cliente, como ocurre en el crédito documentario.

VILLEGAS comenta que esta norma prevé respecto del banco dos variantes del contrato, en el primero las obligaciones del banco se extinguen cuando el cliente utiliza toda la disponibilidad; y en la otra el contrato se mantiene vivo hasta el vencimiento del plazo pactado y los reembolsos le permiten al cliente utilizar nuevamente el crédito disponible. En la práctica bancaria esta segunda variante se denomina *revolving*.

El *revolving* es una modalidad que aprovecha perfectamente bien las posibilidades que ofrece este contrato. Por medio de ella el banco se obliga a mantener un crédito hasta una cierta suma de dinero, durante todo el tiempo de duración del contrato, con derecho del cliente de efectuar amortizaciones totales o parciales en cualquier momento y el cliente tiene la facultad de utilizar el monto "disponible" del crédito. La cancelación total no produce la extinción del contrato, sino que hace renacer el crédito por el monto total.

6.1. Obligaciones del banco

- a) Abrir el crédito por el monto convenido.
- b) Mantener el crédito por el tiempo estipulado.
- c) Otras obligaciones que asuma el banco con el contrato (Ej. Prestar un servicio de caja, aceptar letra de cambio, emitir una carta de crédito, otorgar avales o fianzas, etc.)

6.2. Obligaciones del cliente

- a) Pagar la comisión de apertura al perfeccionarse el contrato.
- b) Restituir el capital en los plazos y la moneda pactada (con independencia de la utilización o no del crédito abierto a su favor).
- c) Pagar los intereses por el uso del crédito.

Cabe destacar que, tal como lo esclarece la norma el carácter de disponibilidad en el sentido de que no es un derecho de crédito del cliente, sino que es sólo un derecho a la "utilización" de esta disponibilidad. Como consecuencia no se trata de un bien incorporado al patrimonio del cliente y, por ende, no puede ser agredido por un acreedor de éste, por embargos ni para compensar otra obligación del cliente acreditado.

6.3. Clases de apertura

Por la persona del destinatario se puede distinguir: 1) a favor directo del cliente y 2) apertura del crédito a favor de un tercero.

La distinción más corriente se funda en el modo operativo: 1) apertura de crédito simple (utilización directa de los fondos en una o varias veces) y 2) apertura en cuenta corriente: se acredita en la cuenta corriente del cliente que gira sobre ella en la medida de su necesidad.

6.4. Conclusión del contrato

Señala ZAVALA RODRÍGUEZ que existen dos formas características de conclusión del contrato bancario de apertura de crédito: 1) por falta de uso durante el plazo acordado (corresponde igualmente el pago de la comisión) y 2) por desistimiento voluntario del cliente que tiene facultad indiscutible para ello (también debe pagar la comisión pactada).

El banco en principio, para denunciar el convenio de apertura de crédito anticipadamente, deberá invocar (y acreditar, llegado el caso) justa causa (vgr., insolvencia del cliente).

Se señala también que tratándose de un contrato bilateral, *intuitu personae* se extingue por cualquiera de las causales que le son comunes: vencimiento, muerte, quiebra, incumplimiento, etc.

7. SERVICIOS DE CAJA DE SEGURIDAD

7.1. Concepto

Se encuentra normado en el art. 1413 del CCC y establece que: "El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas".

Esta norma regula sobre la "responsabilidad" del banco como prestador del servicio, como también lo hace la norma siguiente (art. 1414 del CCC). El banco responde por la idoneidad de la custodia, la integridad de las cajas y el contenido de las mismas. De conformidad con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. En cambio no responde por caso fortuito "externo" a la entidad (ej. Catástrofe —terremoto, maremoto—, explosión nuclear, una guerra, un saqueo en situación de catástrofe, etc.), ni por vicio de las cosas que el usuario haya colocado en la caja.

VILLEGAS, lo denomina al Contrato de caja de seguridad como "aquel en virtud del cual un banco permite a un cliente, por un plazo determinado y mediante el pago de un precio, el uso de una caja de seguridad instalada en un recinto especialmente construido y vigilado del edificio donde desarrolla sus actividades, para que el cliente guarde allí ciertos bienes".

MARTORELL señala que se trata de un servicio prestado habitualmente por los bancos a sus clientes haciendo un "aprovechamiento marginal" de la infraestructura que su propia actividad principal les obliga a mantener, tiene para sus usuarios varias ventajas: la posibilidad de guardar distinto tipo de bienes que por su propia naturaleza no serían susceptibles de ser objeto de otros contratos como el depósito bancario: el poder disponer de los mismos en cualquier momento sin depender de plazos mínimos de inversión, la discreción y confidencialidad que ofrece el sistema, ya que nadie controla la naturaleza, cantidad ni valor de los efectos introducidos en los cofres; y —algo significativo en nuestro país— la posibilidad de evitar el impacto de distintas normas que han afectado, condicionado exigido o prohibido la tenencia, y/o disposición de dinero local, moneda extranjera u otros activos.

A través de este contrato, el banco pone a disposición del cliente el uso individual de un cofre o caja fuerte, cuya llave le entrega, y que está integrado a una instalación especialmente segura, a prueba de robos e incendios, para que el cliente pueda guardar valores u objetos.

El cliente no tiene acceso directo a la zona donde está su cofre o caja fuerte que generalmente se halla ubicado dentro del tesoro del banco, que es una zona especialmente constituida y protegida del edificio del banco. Para entrar a esa zona hay que individualizarse y registrarse en un libro.

Si bien el cliente recibe del banco una llave de la caja fuerte o cofre, puede ocurrir que necesite de otra llave distinta, que está en poder del banco para abrirla (sistema de coclausura).

Es el cliente quien procede a la apertura del cofre e introduce allí los valores y objetos que desea guardar, el banco no los controla.

7.2. Caracteres

a) *Consensual*: es un contrato que se perfecciona con el consentimiento de las partes, resultando relevante el hacer mérito de los actos de entrega de llaves y pago del precio, por cuanto ponen de relieve la ejecución del convenio.

b) *Oneroso*: Como contraprestación por el servicio dispensado por el banco, el cliente debe abonar el precio convenido.

c) *Commutativo*: ambas partes contraen obligaciones ciertas que se establecen en el contrato desde su comienzo.

d) *De ejecución continuada*: las prestaciones periódicas que dimanar de las disposiciones establecidas en el acuerdo se cumplen durante el término comprometido.

e) *De adhesión*: el contrato que regula los derechos y obligaciones entre las partes es pre-establecido por el banco en forma unilateral y el cliente que contrata sus servicios debe aceptar las cláusulas predispuestas.

f) *De custodia*: la finalidad principal del concierto de voluntades es la guarda, custodia y conservación de los bienes que son puestos bajo su cuidado por temor a robo o pérdida.

g) *Típico*: tiene una regulación legal específica en el Código Civil y Comercial.

7.3. Finalidad

La finalidad del contrato es la guarda y cuidado que persigue el cliente de este servicio bancario que constituye la "causa" —razón jurídica económica del contrato— que lleva a un particular a contratar con un banco este servicio y la razón por la cual está dispuesto a pagar al banco una remuneración adecuada.

Por este contrato, el banco contrae una obligación de resultado en el sentido que se obliga a mantener indemne la caja de seguridad contra todo daño y así mantenerla siempre a disposición del cliente. No sólo se obliga a cumplir las reglas de la Superintendencia en materia de seguridad (ley 19.130 y el decreto reglamentario 2525/41) y a poner la máxima diligencia y cuidado, sino a mantener la total integridad e inviolabilidad de la caja.

Luce como elemento determinante la responsabilidad del banco por cualquier violación de la caja de seguridad y su contenido, con la sola excepción del vicio propio de las cosas depositadas en la caja.

Afirma VILLEGAS que, entre otras finalidades, la interpretación funcional del contrato debe tener como objetivo que se cumpla, sin distorsiones, la finalidad económica perseguida por las partes al celebrar el negocio, lo cual ha tenido reflejo en la jurisprudencia, que ha sostenido que para que la tarea de interpretar un negocio jurídico se desarrolle dentro del mínimo margen de error, el interprete debe observar, rigurosamente ciertas pautas, a saber: a) en primer lugar, habrá de indagarse la voluntad real, es decir, la intención real de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras de los contratantes; b) la interpretación tendrá que tener buena fe negocial, ello significa que el comportamiento de los contratantes debe ser coherente, franco, leal, honesto; c) no es posible amparar la conducta de una de las partes que pretende ejercer con abuso su derecho objetivo, d) por fin, es también necesario conocer los "fines económicos" que las partes perseguían al celebrar el contrato, sólo así el juez podrá brindar protección adecuada a los intereses en juego.

7.4. Obligaciones de las partes

Del Banco:

- a) Poner la caja de seguridad o cofre a disposición del cliente (entregándole la/s llave/s).
- b) Garantizar el libre acceso al cliente.
- c) Custodiar el lugar y vigilarlo permanentemente.
- d) Garantizar al cliente la debida reserva (para el ingreso y extracción de objetos).
- e) Cumplir las normas de seguridad bancarias.
- f) Facilitar al cliente un resultado consistente en la conservación del *statu quo* de la caja.

Del cliente:

- a) Pagar el precio convenido.
- b) No introducir en la caja sustancias nocivas, peligrosas o de ilícito comercio.
- c) Identificarse.
- d) Comunicar inmediatamente al banco la pérdida de la llave.
- e) Al finalizar el plazo contractual debe devolver las llaves.
- f) Cumplir cualquier otra obligación prevista en el contrato.

7.5. Derechos que le asisten a las partes

Al Banco:

1) *Retribución*: por el derecho que presta el banco tiene derecho a cobrar al cliente las sumas que resulten de la contratación.

2) *Resolución por incumplimiento*: los bancos suelen establecer cláusulas de rescisión especiales en supuestos en que el cliente viole los deberes a su cargo generando de ese modo un agravamiento del riesgo.

3) *Establecer la modalidad de acceso y uso de la caja*: el banco se encuentra habilitado a establecer recaudos que por lógicos se estiman pertinentes a fin de posibilitar el acceso y uso de la caja, con el propósito inequívoco de identificar a la persona que pretende acceder. Sólo puede acceder al recinto donde se encuentran las cajas de seguridad los clientes titulares y/o personas autorizadas. A tal efecto, el cliente usuario deberá acreditar su identidad y pudiendo el banco organizar los sistemas de registro de asistencia que entienda necesarios.

Al cliente:

1) *Acceder a la cosa*: el cliente cuentan con la potestad de ingresar a la caja, dentro del horario y demás condiciones que hacen a la reserva y seguridad del acceso y egreso preestablecida por el banco.

2) *Exigir la custodia y cumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad financiera*: en caso de advertir falencias en el cumplimiento de las cargas contraídas por parte del banco, tiene derecho a exigir que se tomen los recaudos tendientes a subsanarlos, pues su incumplimiento hará responsable al banco a raíz del agravamiento del riesgo, lo cual en la eventualidad lo hará responder por la pérdidas o daños que ocasione.

3) *Indemnización en caso de pérdida y daños*: El banco debe responder por daños y pérdidas en función de la responsabilidad contractual asumida, y el profesionalismo que requiere la actividad, todo lo cual impone juzgar con estrictez su diligencia en el obrar. Se libera de responsabilidad si hay caso fortuito o fuerza mayor, salvo que lo hubiera asumido o se haya producido por su culpa, además responde por el accionar de sus empleados sin poder aducir caso fortuito.

7.6. Límite en la responsabilidad

Es preciso señalar que el art. 1414 prohíbe la cláusula de exención de responsabilidad del banco, lo que resulta lógico atento la naturaleza de este contrato, que de estar en el contrato se tendrá por no escrita.

Pero admite la posibilidad de que el contrato contenga la estipulación de limitación de la responsabilidad del banco, es decir del resarcimiento que pudiera corresponderle. La condiciona a dos requisitos, que el cliente sea debidamente informado, obviamente del alcance y supuestos de aplicación de esa limitación y que no sea un límite tan bajo que desnaturalice la obligación del banco.

7.7. Incumplimiento del cliente

Ante el vencimiento del plazo contractual, si el cliente no cumpla su obligación de devolver las llaves de la caja y retirar los bienes que hubiera depositado en ella. La norma requiere aviso fehaciente como medio de proteger los derechos del cliente, pero si persistiere su incumplimiento da el procedimiento para que el banco pueda forzar la caja y cobrarse lo adeudado (art. 1417 CCC).

7.8. Extinción

Al tratarse de un contrato a plazo, se extinguirá al vencimiento del término previsto en el contrato, sino se hubiera pactado su renovación automática o convencional.

Si el contrato fuera por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes podría dejarlo sin efecto avisando a la otra con la debida antelación.

Otro supuesto de extinción es por rescisión por incumplimiento contractual de alguna de las partes.

También por destrucción de la caja de seguridad, muerte del cliente —al resultar ser el único titular—, pues si la titularidad es plural, por orden conjunta se extingue, pero a orden recíproca no necesariamente y también por liquidación o quiebra del banco.

8. CUSTODIA DE TÍTULOS

El art. 1418 establece que: "El banco asume a cambio de una remuneración la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos".

Es común hasta hace unos años, que el titular de valores, especialmente si se trataba de valores de renta, por razones de seguridad y comodidad, los depositara en un banco o agente de bolsa. Los bancos fueron preferidos en este tipo de depósitos y a ellos los depositantes no solo le confiaban la conservación y custodia de los títulos valores entregados sino también la cobranza de la renta que generaban esos títulos (dividendos en el caso de las acciones, e intereses en el caso de los bonos públicos o privados), la asistencia a asambleas y todo lo demás actos que fueran necesarios para proteger los derechos del depositante.

Actualmente, la desaparición de los títulos cartulares de "renta" ha quitado toda importancia a este tipo de contratos, porque las emisiones de acciones y obligaciones o bonos públicos o privados (valores negociables) no son representados en papel sino mediante simples anotaciones en cuentas en los registros de la sociedad emisora, si se trata de títulos no negociables en bolsa (títulos escriturales) o, si se negocian en bolsa mediante "certificados globales" o "anotaciones" cuyo registro se encomienda a bancos comerciales o de inversiones o cajas de valores autorizadas, como lo establece el art. 208 de la ley de Sociedades Comerciales 19.550, regulación complementaria por el dec. 677/2001.

Tampoco es común que una persona encomiende el depósito de otros valores que no requieren de la actividad del depositario, esto es sólo para su conservación y custodia, porque para eso existen las cajas de seguridad en los bancos.

De todos modos subsisten valores cartulares, como acciones de pequeñas sociedades y excepcionalmente algunos bonos de renta, el legislador ha considerado necesario regular estos depósitos "activos" o "en administración". VILLEGAS entiende que ello no era necesario porque las obligaciones que se ponen en cabeza del banco surgen de las reglas del mandato y la comisión mercantil.

El depósito de valores en un banco es un típico contrato bancario por el cual un cliente entrega al banco títulos valores y el banco se obliga a devolverlos (depósitos en custodia), pero también se puede obligar a cobrar su renta y realizar los demás actos necesarios para la mejor protección de los derechos del cliente,

como la asistencia a asambleas, realizar los trámites y obtener las nuevas acciones en el caso de nuevas emisiones, etc. A este depósito "activo" se lo denomina depósito de "administración".

8.1. Obligaciones del banco y depositante

El Código regula el carácter oneroso de este contrato y dispone que la actuación del depositario será remunerada, de modo que el depositante de los títulos tiene como principal obligación la de pagar el servicio del banco depositario. Asimismo, debe dar al banco las instrucciones y poderes que sean necesarios para el cumplimiento de las obligaciones que el contrato pone encabeza el banco depositario.

Por su parte, el banco está obligado a la custodia y conservación (guarda) de los títulos valores depositados y a gestionar los derechos emergentes del título (cobro de dividendos en el caso de acciones y de los intereses en el caso de las obligaciones o bonos de deuda, pública o privada) y realizar todos los actos necesarios para la tutela de los derechos del cliente.

8.2. Disposición

El art. 1420 admite la estipulación contractual que autoriza al banco a disponer de los títulos depositados, y a sustituirlos por otros del mismo género, calidad y cantidad. Y prevé que de resultar imposible su restitución, el banco debe pagar una suma de dinero equivalente al valor de los títulos al momento de su devolución. Se trata de una regla excepcional de la práctica de los bancos de disponer de los títulos que se le depositan.

CAPÍTULO XXVII - FACTORAJE. CON LA COLABORACIÓN DE CAROLINA A. SALTO

1. INTRODUCCIÓN

Conforme relata BARBIER, la génesis de este contrato, remonta a fines del siglo XVIII, cuando en pleno auge de la colonización europea en América los empresarios ingleses (en especial, los industriales textiles), ante la necesidad de conquistar nuevos mercados, enviaban a las colonias de ultramar *factors* (agentes) para colocar sus productos en la plaza.

El industrial europeo podía vender sus productos en América, eliminando los riesgos de quien vende a crédito sin conocer la solvencia de sus compradores y percibiendo el precio sin tener que esperar el vencimiento del plazo otorgado para el pago. Posteriormente, estos *factors* comenzaron a agruparse, dando así origen a las "sociedades de *factoring*", las que comenzaron a operar en la forma descripta con los industriales de su propio país, adquiriendo los créditos otorgados por la venta de mercaderías y asumiendo los riesgos relativos a la cobranza de dicho crédito.

De esta manera, los agentes sobre la base del conocimiento que adquirían de la situación patrimonial de cada uno de los potenciales compradores, comenzaron a otorgarles facilidades para que puedan pagar los productos, haciéndose cargo de los riesgos relativos a la cobranza y remesando a sus patronos el importe total (al momento de la venta, y antes del vencimiento del plazo otorgado para el pago), previa deducción de una comisión remunerativa y en previsión de posibles créditos incobrables.

2. CONCEPTO

Conforme la definición regulada en nuestro Código Civil y Comercial en su art. 1421: "Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominado factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos".

FURNO, establece que se trata de un "Convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante y el factor, según el cual el contratante se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores, y a notificarles esa transmisión; en contrapartida, el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor, y de pagar su importe, bien por anticipado, a fecha fija, o mediante deducción de sus gastos de intervención".

El profesor LINARES BRETÓN, ha definido al *factoring* de la siguiente manera: "Contrato por el cual, una entidad financiera (banco comercial o compañía financiera) se obliga frente a una empresa a adquirir todos los créditos que se originen normalmente durante un período de tiempo expresamente convenido, pero pudiendo reservarse la facultad de seleccionar esos créditos y abonar por los mismos un precio fijado mediante una proporción establecida sobre sus importes y a prestar determinado servicio, quedando los riesgos de cobrabilidad a cargo de la entidad financiera".

Para GHERSI Y WEINGARTEN, es aquel contrato bancario o financiero que se perfecciona entre un banco o entidad financiera (sociedad de *factoring*) y una empresa, por el cual la primera de las partes se obliga a adquirir todos los créditos que se originen por el giro comercial de la otra parte contratante durante un determinado plazo, pudiendo asumir la primera el riesgo derivado de tales cobros y percibiendo por ello una comisión sobre monto total de los créditos en concepto remunerativo.

El *factoring* consiste en una venta de crédito perfeccionada entre una empresa o cliente y una entidad financiera, "sociedad de *factoring*" o "factor". Se trata de un contrato que cumple una función de cooperación en las actividades empresariales modernas.

Por su parte, FARINA indica que "...en una relación jurídica de duración, en la cual una de las partes (empresa de *factoring*) adquiere todos o una porción o una categoría de créditos que la otra parte tiene frente a sus clientes, adelanta el importe de dichas facturas (*factoring* con financiación), se encarga del cobro de ellas y, si así se pacta, asume el riesgo de la posible insolvencia de los deudores".

PRUSKI, lo definen como "...aquel en virtud del cual, una de las partes, llamada cliente lleva a cabo una cesión global de créditos, actuales y futuros, a favor de la otra parte, denominada empresa de *factoring*, para que ésta lo gestione y realice su cobro, convirtiéndose en cesionario de dicho créditos y pudiendo, desarrollar una labor financiera optativa para el cliente, anticipando el importe de los créditos y una labor asegurada de la falta de pago de tales créditos, recibiendo una comisión cuya cuantía dependerá de las prestaciones realizadas".

De esta manera, podemos concluir que se trata de un contrato en el cual el acreedor cede su crédito a otra persona —factor— que hace efectivo el crédito. La función del contrato de *factoring* es otorgar la posibilidad de prestación de servicio de gestión (reclamo judicial o extrajudicial), garantías y financiamiento.

Otra definición y quizás la más importante antes de la regulación en el Código Civil y Comercial, es la suministrada por Convención de *UNDROIT* sobre *factoring* internacional, que lo define como un contrato celebrado entre una parte, denominada factor, en virtud del cual:

a) El proveedor o factoreado, puede o debe ceder al factor créditos nacidos de contratos de venta de mercaderías celebrados entre el proveedor y sus clientes, con exclusión de aquellos que versan sobre las mercaderías compradas a título principal para su uso personal, familiar o doméstico;

b) El cesionario o factor, debe hacerse cargo de dos de las siguientes funciones: el financiamiento del proveedor, particularmente el préstamo o pago anticipado, llevar las cuotas relativas a los créditos, la cobranza de los mismos, la protección contra el incumplimiento de los deudores y;

c) La cesión de los créditos que deben notificarse a los deudores.

Es un contrato de colaboración de larga duración, mediante el cual una de las partes, el factoreado, se obliga a efectuar una cesión global de créditos futuros que posee contra los clientes de su empresa, sometida a la condición suspensiva de la aprobación del factor, éste por su parte, se obliga a aceptarlos conforme a criterios objetivos a dar un crédito por el monto de ellos una vez aceptados y a prestar servicios de cobranza y asesoramiento.

3. SUJETOS

Son sujetos la empresa - cedente y el factor - cesionario, el deudor cedido como otros posibles intervinientes son terceros. En cuanto al factor es la empresa prestataria de los servicios de *factoring*, la doctrina mayoritaria sostiene que el factoreo es una actividad financiera, lo que se deduce del hecho de que autoriza a los bancos comerciales y compañías financieras a actuar como factores. Es la empresa que adquiere las facturas de sus clientes con todas las obligaciones y servicios que comportan esta diligencia.

En contra se ha opinado que el *factoring* no es una actividad de intermediación financiera, y por ende, las empresas dedicadas a este servicio no tienen más limitaciones que las de cualquier negocio lícito (LISOPRAWSKI Y GERCOVICH).

El factoreado es quien vende bienes o servicios a plazos a terceros.

4. CLASIFICACIÓN

Muchos autores califican a este contrato como de crédito o financiero, y si bien esta concepción es la primera que aparece en un primer contacto con la operatoria, el *factoring* es mucho más amplio y contempla otros servicios que no son únicamente los de crédito. Pero además hay obstáculos dogmáticos ya que los contratos de créditos son contratos de restitución, y esta obligación de restitución no se da habitualmente en el *factoring*. El factor presta dinero y recibe créditos; cuando éstos se otorgan *pro soluto* no hay obligación de restituir. Cuando se entregan *pro solvendo*, sólo lo hay en el supuesto en el que el factor no pueda cobrarle al deudor. Incluso en este último caso puede el factoreado compensar el crédito con otro y así solucionar el problema sin que haya restitución.

La clasificación del contrato de factoraje depende de la forma en que se desarrolla en los diferentes países para poder apreciar cuales de sus modalidades operativas son las que se adaptan más a nuestro mercado.

1) *Factoring a la vista*: el cliente recibe del factor el pago inmediato de los créditos cedidos, independientemente de la fecha de vencimiento de las respectivas facturas, percibiendo intereses por ese financiamiento. La adopción de esta modalidad favorece a la liquidez de las empresas, que puedan con estos fondos cancelar sus obligaciones, permitiéndole al factoreado pagar anticipadamente a sus propios proveedores y obtener de estas mejores condiciones de contratación; además, al hacerse de efectivo pueden responder inmediatamente su stock de mercadería.

2) *Factoring sin vencimiento*: esta modalidad presenta, a su vez dos (2) variables: el factor se compromete a pagar las facturas por ventas sólo en la medida en que los deudores de la empresa factoreada cancelen sus deudas en los plazos convenidos. El factor no asume aquí el riesgo de cobrabilidad y la otra modalidad es cuando el factor se compromete a pagar por los créditos adquiridos un importe fijado en el contrato, al vencimiento de ellos o en una fecha determinada, con independencia de que los deudores del cliente cancelen o no sus deudas. La entidad de *factoring* acepta la transferencia de los créditos con sus riesgos.

- El *factoring* sin financiamiento carece de uno de los propósitos concretos que constituyen la finalidad del negocio, cual es la obtención por el cliente del pago inmediato de los créditos cedidos para favorecer la liquidez de su empresa. GHERSI Y WEINGARTEN, entienden que la existencia de financiación constituye un requisito esencial tipificante del contrato y su ausencia reduce la función de ese negocio a la mera prestación de servicios de asistencia técnica y administrativa. Al faltar en esta forma de contratación (en cualquiera de sus dos variantes) la función económica concreta que caracteriza el *factoring*, se estaría indicando que no se trata de una modalidad operativa sino, más bien, de una figura contractual distinta.
- El *factoring* según su ejecución: teniendo en cuenta el hecho de que se notifique o no a los deudores cedidos la transmisión de los créditos a la sociedad de *factoring*.

El cliente debe dejar constancia (notificación) en toda factura enviada, de la transmisión del crédito al factor, que será en adelante el único legitimado a recibir el pago. La adopción de esta modalidad operativa determina: a) que, para liberarse, los deudores deberán abonar el importe de sus facturas al factor y, b) que el cliente debe rechazar todo pago que se pretenda hacer, y si por algún motivo lo hubiese recibido tiene la obligación de remitirlo al factor.

3) *Riesgos asumidos*: depende de que el factor asuma o no los riesgos de cobrabilidad. Si la entidad acepta asumirlos, estarán a su cargo la realización de trámites judiciales y extrajudiciales necesarios para lograr el cumplimiento de los deudores cedidos. La asunción de riesgos por parte del factor generalmente irá acompañada de cláusulas que le permitan seleccionar los créditos antes de adquirirlos, pudiendo rechazar los que presuma incobrables, o de estipulaciones que restrinjan la facultad del cliente de otorgar créditos, por ej. exigiendo la previa conformidad del factor. Si, en cambio la entidad no asume los riesgos, tendrá siempre acción de regreso contra el cliente. Algunos autores entienden que al faltar el seguro de crédito no existe contrato de *factoring*.

Es importante la zona asignada geográficamente, así puede ser interna donde el cliente y deudor tienen su domicilio legal o sede administrativa en el mismo país, internacional donde el cliente y deudor reside en distintos países. Esta modalidad presenta dos variantes: a) *factoring de exportación*, en el cual el cliente y el deudor residen en un mismo país, y los deudores cedidos, en el extranjero. Esto presenta al factor la dificultad de conocer la solvencia de los deudores para contrarrestar ese riesgo se han constituido (principalmente en Estados Unidos) cadenas de *factoring* que se brindan recíprocamente informaciones acerca de la idoneidad moral y financiera de los deudores a nivel internacional; b) *factoring de importación*, según el cual el cliente reside en un país distinto del factor, por lo que decide transmitirle todos los créditos originados en el giro normal de sus negocios que tuviere contra deudores domiciliados en el país del factor.

5. CARACTERES

1) *Consensual*: se perfecciona mediante el simple acuerdo de partes. Para MARTORELL no es requisito que se concreten efectivamente cada una de las cesiones de créditos particulares en forma simultánea con el acuerdo que celebren la empresa y el factor.

2) *Bilateral*: la bilateralidad está claramente dada al exigir obligaciones recíprocas entre las partes.

3) *Oneroso*: la empresa financiera que adquiera los créditos y que deberá también prestar la asistencia técnica necesaria para un mejor desarrollo del contrato percibirá como contraprestación una comisión, interés u otro tipo de retribución. Ambas partes contratan teniendo en mira la prestación a cargo de su contraparte.

4) *Format*: al ser un contrato que desde su aspecto instrumental reconoce su raigambre en la cesión de derechos, no caben dudas que el mismo debe celebrarse por escrito.

5) *Comercial*: la comercialidad estaría dada por el carácter que detentan las partes intervinientes: una entidad de *factoring* y un cliente, que generalmente debe ser un comerciante o firma mercantil. También reafirma esta calificación comercial el hecho que los créditos objeto de la cesión que se realiza como derivación del *factoring*, tiene que pertenecer al giro comercial o industrial de la empresa cliente, encontrándose excluidos los créditos de tipo personal o aislado.

6) *Financiero*: es sin duda un medio instrumental de crédito para la empresa, que permite a ésta obtener liquidez con previsibilidad e inmediatez, sin correr los riesgos de percepción fuera de tiempo o plazos inciertos. Cabe aquí recordar, que esta esencia mayormente financiera, no excluye otros tipos de prestaciones que incluye el *factoring*, y que sirve alguna medida de soporte para dicha finalidad.

7) *De adhesión*: las cláusulas del contrato de *factoring* son establecidas por la empresa de *factoring* (factor), quedando muy limitado el cliente para modificarlas. Al menos en lo que respecta a esta forma de instrumentación, es dable asemejarlo a un contrato bancario. Esta característica cobra mayor relevancia sobre todo en cuanto a la predeterminación de las condiciones económicas y financieras del negocio.

8) *De colaboración*: toda vez que se determina como una actividad de cooperación empresarial en virtud de la cual el factor adquiere en firme a los empresarios créditos de la cartera de éstos, garantizando su realización y prestando servicios complementarios de contabilidad, estudio de mercado, investigación de la clientela, entre otros.

9) *De ejecución continuada*: por el objeto mismo del contrato, se entiende que el mismo está destinado a prolongarse través del tiempo. El factor se obliga a adquirir los créditos que surjan durante el tiempo generalmente predeterminado.

10) *Conmutativo*: genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes.

6. FINALIDAD ECONÓMICA DEL CONTRATO

Si una empresa necesita de crédito puede contraer un préstamo con garantía real o personal o realizar una cesión de créditos en garantía. También, puede ser que ofrezca sus créditos actuales o futuros a cambio de dinero: si el acreedor lo cobra de un tercero satisface su interés; si no los cobra y asumió el riesgo de esa incobrabilidad soporta esa pérdida, si esto no ocurrió los compensará con otros créditos que le ofrecerá la empresa. La disminución de algunos riesgos es típica, aunque no exclusiva, del factoreo. En primer lugar, la empresa necesita recursos inmediatos para iniciarse o expandirse, pero no los puede obtener del sistema bancario, ni de sus clientes, que le pagan en plazos prolongados. Si la empresa acorta los plazos pierde los clientes, lo que hace presente un riesgo financiero que el factoreo intenta resolver. En segundo lugar, existe el riesgo de la mora o de la incobrabilidad, que la empresa no puede resolver por sí misma. El *factoring* se justifica cuando existe la necesidad de recurrir a un tercero que pueda afrontar los riesgos de la incobrabilidad, brindándole seguridad en la financiación, economía en los costos y transformación de la cartera de deudores en activo (ZITO FONTÁN).

7. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS

1) *Con el contrato de operación de descuento*: Siguiendo a LINARES BRETON podemos decir que en el *factoring* hay una venta lisa y llana de los créditos otorgados por las empresas comerciales en razón de la venta de sus productos. De manera que, siendo una venta, el factoreado no se constituye en deudor del factor y, a su vez, deja de ser acreedor del deudor cedido. En la operación de descuento, en cambio, el cedente se constituye en deudor del banco, mientras el deudor cedido no haya satisfecho el crédito, son ambos solidariamente responsables.

2) *Con el contrato de cesión de derechos*: como expresa BARREIRA DELFINO Y BONEO VILLEGAS, la cesión de créditos constituye la espina dorsal de la construcción técnica del *factoring*. Sin embargo, no es posible identificar plenamente ambos contratos, puesto que el contrato de *factoring* tiene sus propias finalidades y los efectos de una y otra figura difieren sustancialmente. Los caracteres distintivos son:

- La cesión de derechos puede ser onerosa o gratuita, el *factoring* en cambio es siempre oneroso. La cesión de derechos es un contrato de ejecución instantánea, mientras que el *factoring* es un contrato de tracto sucesivo.
- La forma en el contrato de cesión es exigida para su validez (forma solemne relativa), en el *factoring* sólo se requiere a los efectos probatorios.
- El interés práctico de la cesión de créditos reside en la necesidad de dinero que puede tener el titular de un crédito sujeto a plazo (cedente), por lo que transmite dicho crédito a otra persona (cesionario) que obtiene una compensación por haberlo recibido. El interés práctico del contrato de *factoring* consiste en la ayuda para las empresas, las cuales pueden dedicar todo su esfuerzo a cumplir su objeto, recibiendo por sus ventas dinero seguro en forma inmediata para invertirlo en el área de los negocios que consideren más convenientes o necesaria.
- En la cesión de créditos, el cedente de buena fe no garantiza la solvencia del deudor cedido. En el contrato de factoraje, sin asunción de riesgos por el factor, el cliente debe reintegrar a éste el importe de los créditos incobrables.
- En el contrato de *factoring*, el factor se obliga, además a la prestación de servicios de asistencia técnica y administrativa, lo que no sucede en la cesión de créditos.

8. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LAS PARTES

8.1. Obligaciones del factor respecto al cliente

- a) Adquirir los instrumentos de acuerdo a las condiciones pactadas en el contrato;
- b) Realizar los pagos correspondientes a cada crédito adquirido dentro de los plazos pactados;
- c) Asumir el riesgo crediticio de los deudores cedidos;
- d) Realizar análisis e investigación de los deudores incluidos en la cartera referida en el contrato;
- e) Notificar al cliente inicio de acciones judiciales contra deudores cedidos morosos (en este caso, puede estar previsto contractualmente, un pedido de autorización a la empresa cliente);

f) Brindar los servicios adicionales pactados que, pueden ser, además de los referidos de investigación e información comercial, los servicios de gestión y cobranza, servicios contables, estudios de mercado, asesoría integral y otros;

g) Actuar en cuanto su cúmulo obligaciones como parte complementaria de la empresa cliente, elemento aquí que es necesario remarcar toda vez que la contratación en análisis no se agota en un mero traslado patrimonial de una serie de créditos;

h) Actuar con la premisa de preservar el vínculo comercial entre su cliente y los deudores.

8.2. Derechos del factor respecto al cliente

a) Tiene la prerrogativa de seleccionar los créditos ofrecidos por la empresa cliente;

b) Realizar todos los actos de disposición con relación a los instrumentos adquiridos;

c) Gestionar y obtener el cobro de los créditos transmitidos y/u otorgar refinanciaciones;

d) Acceder a la documentación y contabilidad del cliente relativa a su intercambio comercial, a fin de evaluar con mayor certeza el nivel de riesgo de cada crédito ofrecido;

e) Cobrar una retribución por la financiación como así también por los servicios adicionales que haya realizado.

8.3. Obligaciones del cliente respecto al factor

a) Proponer al factor los créditos susceptibles de ser objeto de cesión según los términos acordados;

b) Transferir al factor los instrumentos en la forma acordada y establecida por la ley;

c) Notificar la realización del *factoring* a sus deudores;

d) Recibir los pagos que efectúen los deudores y transferirlos al factor, cuando así lo haya convenido con éste;

e) Acreditar al factor que los servicios prestados o productos vendidos reflejados en cada crédito transferido, se han realizado satisfactoriamente (sin impugnaciones, observaciones ni rechazos);

f) Otorgar al factor la información que le sea solicitada a fin de la evaluación de este último respecto su propia situación patrimonial y comercial; así como la de sus deudores;

g) Abonar al factor la comisión financiera y el precio por los servicios complementarios contratados.

8.4. Derechos del cliente respecto al factor

- a) Cobrar el precio de los créditos cedidos en la forma y monto estipulados;
- b) Exigir el cumplimiento en tiempo y forma de los servicios complementarios pactados.

8.5. Derechos del factor respecto al deudor cedido

- a) Exigir el pago en término de los créditos adquiridos;
- b) Realizar todas las gestiones pertinentes de cobro, como así las medidas preventivas necesarias para prever una eventual situación de insolvencia.

8.6. Derechos de los deudores cedidos respecto al factor

- a) Oponer las excepciones y defensas que podría haber hecho valer contra el cliente (cedente);
- b) Exigir recibos de pago.

9. CLÁUSULAS DELIMITATIVAS DE LA CESIÓN GLOBAL DE CRÉDITOS FUTUROS

El contrato causa la obligación nuclear de ceder los créditos a favor del factor. Esta cesión normalmente no abarca un crédito sino varios, y se refiere a todos los créditos que involucran la actividad de la empresa en un lapso de tiempo; es decir, son futuros en relación al momento de la celebración del contrato. En virtud de estas características es que se incluyen algunas cláusulas:

a) *Cláusula de exclusividad*: el cliente no puede celebrar, durante la vigencia del contrato, otros contratos de *factoring*. La exclusividad es consecuencia de la obligación de no competencia que asume un contratante leal.

b) *Cláusula de globalidad*: el factoreado se obliga a transmitir todos sus créditos y no sólo algunos, con el objeto de evitar que la empresa factoreada tenga una facultad de decidir que créditos son cedidos, porque de ese modo transferiría los más riesgosos y se quedaría con los más seguros, perjudicando la ratio económica del negocio del factor. Sin embargo, en la práctica se limita porque el factor asumiría un excesivo nivel de riesgos si fuera cesionario de todos los créditos, hay una globalidad circunscripta por diferentes parámetros.

c) *Cláusula de aprobación previa por parte del factor*: es habitual que en el contrato de *factoring* la cesión de todos los créditos se someta a la condición de que sean aprobados por el factor. Esta facultad está sujeta a un plazo, que comienza a contarse desde que el crédito futuro existe. Por ej. si una empresa factoreada se dedica a la venta de productos, una vez que se efectúa una venta crédito, la somete a la aprobación el factor, dándole un plazo para que éste pueda averiguar la existencia del crédito y la probable cobrabilidad. El factor puede aprobar, rechazar o bien dejar pasar el plazo. Si se cumple el plazo sin expresión de voluntad se juzga que queda cumplida la condición y aceptado el crédito.

d) *La cesión de bonificación al deudor cedido*: una vez que se cede el crédito al factor, el empresario puede verse tentado a actuar con mayor ligereza, ya que de todos modos cobrará. Es posible entonces que le conceda alguna quita, o refinanciamiento al deudor cedido. Si nada se ha pactado, la actuación del cedente debe ser calificada como de mala fe. El factor puede reclamar la diferencia entre el precio de la cesión y el valor nominal del crédito, más el resarcimiento de los daños sufridos.

9.1. Garantías: el principio de validez de la cesión

La cesión de una cartera de créditos conlleva un riesgo de incobrabilidad, es por ello que suelen pactarse cláusulas limitativas de riesgo a través de garantías reales o personales o retención anticipada del porcentaje de crédito cedido.

La garantía es un modo de asegurar el cobro del crédito, agregándole algo que por sí mismo no tiene y que le otorga seguridad al acreedor de que su derecho será satisfecho.

Una de las formas de garantizar el cobro del crédito es estableciendo categorías de clientes, de créditos o de garantías exigibles.

La forma más utilizada es la fijación de un monto máximo hasta el cual el factor está dispuesto a asumir el riesgo, lo cual significa que aceptará cesiones hasta ese límite.

Las garantías personales a la que se refiere el art. 1426 del CCC, le otorga al acreedor un derecho de crédito contra un tercero, que asume la deuda junto con el deudor.

La figura a través de las cuales se otorgan estas garantías personales son la fianza, el aval y la solidaridad en función de la garantía.

En cuanto al concepto de aforo que menciona el artículo mencionado es el monto que se descuenta por anticipado dejando constancia de ello en contrato y el cual pasa a un fondo de calidad de garantía en una operación de factoraje.

9.2. Deberes secundarios de conducta derivados de la cesión

a) *Mantenimiento de la actividad de la empresa cedente*: la actividad empresarial es un presupuesto para que surjan créditos que sean cesibles y deberán mantenerse hasta que el factor apruebe el mismo y esté en condiciones de ejercer la opción.

b) *Deber de información*: por tratarse de un contrato de colaboración, el factoreado tiene un deber de información verificable sobre todo relativo a su contabilidad, es decir sobre la actividad del sector delegado (área de créditos y cobranzas).

10. EFECTOS ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A LOS TERCEROS: MOMENTO EN QUE SE PRODUCEN

Los efectos de la cesión entre las partes, comienza desde la celebración del contrato, pero frente a los terceros y al deudor cedido se requiere la notificación, la que debe ser hecha por medio fehaciente para su oponibilidad a toda clase de terceros.

11. MODOS DE EXTINCIÓN

Podemos señalar los siguientes:

- a) Por vencimiento del plazo (expreso o tácito) convenido por las partes.
- b) Cuando se haya fijado un monto tope, al momento de haber adquirido el factor facturas por esa cantidad.
- c) Por muerte o incapacidad sobreviniente del factoreado que no siempre provoca la extinción, si los herederos o representantes prosiguen la empresa con igual responsabilidad y eficiencia, el factor no tiene motivo razonable para darlo por concluido.
- d) Por disolución de la sociedad cliente, aunque algunos autores consideran que puede continuar durante el período de liquidación.
- e) Por transmisión de fondo de comercio.
- f) Por quiebra o concurso preventivo de cualquiera de las partes.
- g) Por alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar (por ej. si se trata de una persona de existencia ideal: su transformación, el cambio de domicilio, el objeto social, reducción del capital social, etc.
- h) Por la simple voluntad de una de las partes, si así se hubiera estipulado en el contrato.
- i) Por mutuo disenso (rescisión).
- j) Por las demás causales comunes a los contratos comerciales.

1. CONCEPTO

Según MESSINEO, las bolsas de comercio han sido caracterizadas a partir de la "reunión" de comerciantes en un "lugar habitual" para la realización de "particulares" actos de comercio. En este sentido, MESSINEO las define como grandes "mercados" públicos y a los mercados o ferias, a su vez, como reuniones donde concurren los que ejercen un determinado comercio y donde el público sabe que puede negociar con las mercaderías que constituyen objeto de ese comercio.

En la actualidad, la actividad y funciones que cumplen las bolsas de comercio hace que su definición sea totalmente distinta. Así FRANCO, lo ha conceptualizado como "reunión de operadores que a intervalos regulares y en un lugar determinado, intercambian productos o valores de una misma clase...".

Por su parte LINARES BRETÓN, lo define como "...instituciones organizadas con el fin de realizar negociaciones mercantiles indirectas, dentro de un marco de seguridad, certeza y legalidad, cumplida por intermediarios mediante determinados mecanismos jurídicos que obedecen a particulares normas técnicas, con vencimiento uniformes y protegidas por un medio de ejecución forzada".

Las bolsas han sido tradicionalmente clasificadas en dos categorías, teniendo en cuenta la naturaleza de los objetos de las transacciones: a) cuando ellos son mercaderías, se las denomina "bolsa de mercadería", "bolsa de comercio" o "mercaderías de comercio" y, b) cuando aquellos son títulos valores "bolsa de valores" o "mercadería de valores".

En nuestro derecho se encuentra regulado en el art. 1429 CCC, establece que: "Los contratos celebrados en la bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rige por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencia; regular las operaciones y contratos derivados, fijar garantías, márgenes y otras seguridades, establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad".

2. FUNCIONES

Las bolsas o mercados de comercio cumplen importantes funciones:

- 1) Proveen financiamiento a las empresas a través de la colocación de acciones y títulos.
- 2) Canalizan el ahorro público.
- 3) Facilitan la circulación de los bienes y contribuyen a la formación de los precios, a su orientación para el futuro a través de las operaciones a plazo y a su equilibrio en el tiempo y en el espacio. Los precios se forman y se comprueban públicamente, con el control de ciertos organismos de la administración del Estado y con base en la ley de la oferta y de la demanda.
- 4) Por último, promueven habitualmente el arbitraje como mecanismo de solución de disputas alternativo a la instancia judicial.

3. SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS BOLSAS DE COMERCIO. EL SISTEMA ARGENTINO

Existen distintos sistemas legislativos de organización y funcionamiento de las bolsas de comercio.

El sistema oficial es aquel en el cual las bolsas de comercio son creadas como instituciones oficiales por el Estado.

El sistema privado es aquel en el que el Estado no tiene ninguna intervención en las bolsas de comercio, las cuales son instituciones privadas.

El sistema ecléctico o mixto es aquel en donde las bolsas de comercio son instituciones privadas cuya constitución está sujeta a la autorización del estado, el cual controla también diversos aspectos de su funcionamiento.

Nuestra ley 17.811 reglamenta la constitución y funcionamiento de las bolsas y mercados de comercio y de los mercados de valores y ha creado un sistema mixto ecléctico.

4. EL MERCADO DE VALORES DE BUENOS AIRES SA (MERVAL)

El Merval es una institución privada constituida bajo la forma de sociedad anónima —cuyos accionistas son los agentes de bolsa— que tiene por objeto la operación con títulos valores públicos o privados (art. 52, ley 17.811).

Existen dos sistemas de operatoria bursátil: el tradicional y el de negociación continua.

El sistema tradicional es el que se efectúa dentro del recinto y tiene como núcleo a la rueda. De acuerdo con el Reglamento Operativo de Mercado de Valores de Buenos Aires (ROMVBA), la rueda funciona en el horario que fije el directorio. Sólo tendrá acceso el recinto de operaciones quienes sean agentes de bolsa, representantes autorizados de sociedad de bolsa o mandatarios para operar en rueda.

Las operaciones se proponen por los agentes en voz alta y en idioma nacional, ofertándose cantidad y precio. La oferta deberá dirigirse a personas indeterminadas, y quien la acepte se adjudicará la operación y deberá cumplirla. En caso de aceptación simultánea por varios operadores, la adjudicación se resolverá por partes iguales. El directorio fija las variaciones máximas de precios admisibles en un mismo día y las cantidades mínimas modificatorias de precio.

Por su lado, el sistema de negociación continua, establecido por la res. gral. 128/1988 de la Comisión Nacional de Valores (CNV), "...se efectúa fuera de la rueda, en la oficina del operador bursátil... operándose por diferencias de precio, por lo que tanto el arancel, los derechos de bolsa y de mercado, están contenidos en esa diferencia". Los agentes podrán operar en sesión continua por los montos mínimos y en los horarios que fije el directorio de Merval, que son más amplios que los de la rueda. Los agentes que operen en sesión continua informarán al recinto de la bolsa, a través de terminales, para conocimiento de los demás operadores y el público, la especie que deseen negociar, indicando si son compradores o vendedores y su número de código. Las operaciones serán liquidadas por el Merval, el cual podrá o no garantizarlas.

5. LA OFERTA PÚBLICA DE TÍTULOS VALORES

Las empresas requieren normalmente financiamiento y cuentan con distintas fuentes para lograrlo, las cuales pueden básicamente dividirse en internas y externas. El financiamiento externo se concreta, entre otras formas, a través de la oferta pública de títulos valores.

La oferta pública permite la obtención de fondos a través de una invitación a participar en el emprendimiento que no se traslada a los costos ni tiene tasa de interés (la emisión de acciones). También posibilita la obtención de efectivo sin recurrir al mercado de dinero (emisión de título de deuda) evitando así los costos de la intermediación de las entidades financieras. Finalmente conecta a las empresas con inversores institucionales como los bancos, las compañías de seguro, los fondos comunes de inversión y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.

La ley 17.811 regula la oferta público de títulos valores y el dec. 2284/1991 incluyó en el régimen de la oferta pública a las ofertas respecto de contratos a término, futuro y opciones de cualquier naturaleza.

Los oferentes son aquellas personas que formulan "la invitación" para realizar cualquier acto jurídico con títulos valores. Esa invitación puede ser hecha por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos.

Los oferentes pueden ser, entonces, los mismos emisores de los títulos como también los sindicatos de emisión y los *underwriters*. Dado el carácter indirecto de las negociaciones sobre títulos valores, esta oferta debe realizarse por intermedio de los agentes.

El objeto de la oferta está constituido por los títulos emitidos en masa, que por tener las mismas características y otorgar los mismos derechos dentro de su clase, se ofrecen en forma genérica y se individualizan en el momento de cumplirse el contrato respectivo.

La oferta puede ser efectuada en el ámbito del recinto de una bolsa o mercado de valores —mercado bursátil— o fuera del mismo —mercado extrabursátil o abierto—.

La oferta puede realizarse por distintos medios, ya sea ofrecimientos personales, publicaciones periódicas, transmisiones radiotelefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión.

Los destinatarios de la oferta pueden ser personas en general o sectores o grupos. Lo decisivo para que una oferta sea pública es que se refiera a personas indeterminadas en una individualidad.

En materia de oferta pública se deben distinguir dos conceptos básicos: la ofertabilidad y la cotizabilidad.

Ofertabilidad: es la característica que posee todos aquellos títulos valores que cuentan con la autorización de la Comisión Nacional de Valores.

Cotizabilidad: es la característica que poseen los títulos valores que han obtenido la autorización de la CNV —que permite su ofertabilidad— más la de una bolsa de comercio o de una entidad autorregulada. La ofertabilidad es la condición necesaria pero no suficiente para la cotizabilidad. Una es el género y la otra es la especie.

Quien quiera ofertar públicamente deberá obtener la aprobación de la CNV. Quien desee cotizar en un mercado de valores, deberá obtener la autorización de la CNV y de la bolsa o entidad autorregulada respectiva. Es decir, que para poder ofertar públicamente se debe solicitar autorización a la CNV, y para cotizar, además, la bolsa de que se trate.

6. AGENTES DE BOLSA

La ley 17.811 no conceptualiza a los agentes de bolsa, así como tampoco determina sus funciones, dejándolas libradas a lo que dispongan los reglamentos del mercado.

GARRONE define a los agentes de bolsa como "aquellas personas, físicas o jurídicas que, reuniendo los requisitos exigidos por las leyes y por los mercados en los que operen, se encuentran autorizados para concertar operaciones de bolsa".

En nuestro país se exige la inscripción de los agentes de bolsa en un registro que deben llevar los mercados de valores.

Los agentes actúan en nombre propio y por cuenta ajena (o propia si tienen cartera) no dando el nombre de los comitentes de las operaciones. Asimismo deben guardar secreto de las operaciones que realicen por cuenta de terceros, así como de sus nombres.

La "orden de bolsa" es el contrato por el cual una persona encarga a un agente de bolsa la celebración de una operación. La ley 17.811 en su art. 46 exige que los comitentes acrediten su identidad ante el agente de bolsa, si bien sus nombres no serán luego revelados, lo cual tiende a la realidad de la operación y a la responsabilidad frente al agente de bolsa.

7. LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

La autoridad de aplicación del régimen de oferta pública es la CNV. Es una entidad autárquica con jurisdicción nacional que supervisa a los oferentes, a los intermediarios y a los instrumentos utilizados para la oferta pública.

Asimismo, la CNV es la autoridad de control de las sociedades anónimas que efectúan oferta pública de títulos valores y la autoridad de registro y control de las sociedades gerente y depositaria de los fondos comunes de inversiones.

Las funciones las ejerce el directorio, disponiendo en el art. 6 de la citada que la Comisión Nacional de Valores tiene las siguientes funciones:

- a) autorizar la oferta pública de títulos valores;
- b) asesorar al Poder Ejecutivo Nacional sobre los pedidos de autorización para funcionar que efectúen las bolsas de comercio, cuyos estatutos prevén la cotización de títulos valores, y los mercados de valores;
- c) llevar el índice general de los agentes de bolsa inscriptos en los mercados de valores;
- d) llevar el registro de las personas físicas y jurídicas autorizadas para efectuar oferta pública de títulos valores y establecer las normas a que deben ajustarse aquéllas y quiénes actúan por cuenta de ellas;
- e) aprobar los reglamentos de las bolsas de comercio relacionados con la oferta pública de títulos valores, y los de los mercados de valores;
- f) fiscalizar el cumplimiento de las normas legales, estatutarias y reglamentarias en lo referente al ámbito de aplicación de la presente ley;

g) solicitar al Poder Ejecutivo Nacional, el retiro de la autorización para funcionar acordada a las bolsas de comercio cuyos estatutos prevean la cotización de títulos valores y a los mercados de valores, cuando dichas instituciones no cumplan las funciones que les asigna esta ley.

8. LAS OPERACIONES DE BOLSA

La oferta de títulos valores puede referirse a distintas operaciones. Las operaciones de bolsa comprenden todos aquellos contratos, por lo común de compraventa, celebrado en el ámbito de un mercado, dentro o fuera de un recinto que recaen sobre cierta especie de bienes (títulos valores, cereales, frutos o mercancías) y que deben ser concertados por intermediario especialmente autorizados (agentes) mediante ciertas formalidades. Solo pueden ser objeto de comercio en bolsa las cosas fungibles y muebles, susceptibles de tráfico en unidades, medidas o peso. Ello ocurre con productos primarios y subproductos (cereales, minerales, ganado, lana) títulos valores (acciones, cédulas, obligaciones, títulos públicos) y oro, plata o divisas. Lo característico de este contrato puede encontrarse en que se refieren a bienes genéricamente determinados, es decir, no especificados en su individualidad y que no se encuentran presentes en el lugar donde se realizan las operaciones.

En el Merval se conciertan dos tipos de operaciones:

Operaciones al contado: tiene todas las características de la compraventa y luego de concertada la operación entre el agente vendedor y el comprador, el primero deberá hacer entrega de la especie y el segundo, abonar el precio estipulado. Se liquidan el mismo día (contado inmediato) o dentro de las 72 horas bursátiles de concertadas (contado diferido a las 24 o 72 hs). Si no se fija su vencimiento en la minuta, son liquidadas en el mismo día.

Operaciones a plazo: Las partes convienen diferir para una fecha futura el cumplimiento de sus obligaciones. Son aquellas que se liquidan en un término superior al máximo de contado (72 hs.).

Dado el intervalo de tiempo entre la concertación y la liquidación de la operación, el comprador y el vendedor deberán constituir un "margen de garantía" fijado por el directorio del Merval, que tiene como misión el resguardo del cumplimiento de las operaciones mediante el depósito de títulos o dinero suficiente. El margen de garantía es un porcentual del monto de la operación y se fija teniendo en cuenta la volatilidad, liquidez y condiciones generales de la especie objeto de contrato. En el caso que no se constituya el margen de garantía o la eventual reposición por diferencias, el agente queda autorizado a liquidar la operación.

Estas operaciones a su vez, pueden ser:

Operaciones a plazo firme: son aquellas en las que el comprador y el vendedor quedan definitivamente obligados, fijando un plazo para el vencimiento. El directorio establece la fecha de liquidación y el plazo previo durante el cual no pueden concertar estas operaciones para ese vencimiento.

Operaciones de pase: una de las partes adquiere valores o efectos al contado y simultáneamente los enajena a término, en tanto que la otra realiza con la primera la operación inversa, esto es, le vende esos valores o efectos al contado y se los readquiere a término. Este tipo de operaciones encierra dos tipos de compraventa simultáneas: una al contado al precio del día y otra a plazo firme al precio que dicho día se fije para su vencimiento.

Operaciones de caución bursátil: el precio de la venta al contado es inferior al de cotización y resulta de los aforos que fija periódicamente el mercado, siendo además el precio de la venta a plazo superior al de la venta al contado. Las especies objeto del contrato permanecen depositadas en el mercado durante su vigencia. Los precios de negociación se fijan sobre la base de porcentajes inferiores a los de cotización en el mercado de contado.

Operaciones de opción: una de las partes, el lanzador se obliga frente a otra, el tomador, a venderle o comprarle cantidades tipificadas de una especie al precio fijado y dentro del plazo máximo convenido. El precio de lanzamiento de la opción se llama Prima y es pagado al contado por el tomador al lanzador. El tomador puede ejercer la opción de compra o de venta hasta el último día hábil bursátil del plazo de vigencia de aquélla. El ejercicio implica un nuevo contrato y en ningún caso la prima es deducible del precio. El objeto de la operación es el derecho a comprar o vender tal especie.

Operaciones de opción adicional: el comprador o vendedor a plazo firme adquiere, mediante el pago de una prima, el derecho de pedir o entregar al vencimiento una cantidad adicional de la especie negociada, al precio que se hubiere convenido. El tomador de la opción deberá ejercerla, como máximo, con un día hábil bursátil de anticipación al último día que se pueda operar al contado normal para liquidar en la fecha de vencimiento de la operación a plazo firme.

Operaciones de Índice: son aquellas que tienen por objeto la negociación de una cantidad expresada en unidades de una cartera de valores cotizados en bolsa cuyo valor se determina diariamente. Estas operaciones se liquidarán los días que fije el directorio o en el inmediato anterior bursátil.

El índice Merval es el más popular e indica la rentabilidad de las acciones líderes, elegidas trimestralmente de acuerdo con ciertos parámetros de participación en el volumen negociado de contado o de porcentual de operación en rueda.

La unidad de índice es el valor mínimo negociable y es igual a una vez la composición de la cartera teórica con vencimiento el último día de cada mes dentro de un plazo máximo de ciento veinte días.

9. OPERACIONES ALEATORIAS Y PROHIBIDAS POR LAS LEYES. JUEGO DE BOLSA

Se prohíbe la falta de realidad de las operaciones, las cuales deben concertarse para ser cumplidas. Se proscribe así los "juegos de bolsa", con sus connotaciones puramente especulativas que lo acercan a una apuesta. Se suelen llamar operaciones diferenciales a causa de que los contratantes procuran liquidarse las diferencias sin hacer realmente una operación.

10. OPERACIONES DE APLICACIÓN

Es una compraventa simultánea de un mismo valor y al mismo precio hecha por el mismo agente. El agente efectúa la oferta y si no hay otra más favorable dice en voz alta "me aplico" y cierra así la operación.

En los primeros cinco minutos no puede hacerse ninguna aplicación, haya o no cambio de precio con respecto al anterior. Tampoco puede hacerse en los cinco minutos finales, sin la previa autorización de un director o de quien lo reemplace en esa función, el que para otorgarla constatará cuál es la realidad de la plaza en ese momento.

11. RESPONSABILIDAD POR LAS OPERACIONES DE BOLSA

La ley 17.811 y el ROMVBA estructuran un sistema de responsabilidades para el cumplimiento de las operaciones de bolsa que importa garantías recíprocas entre el Merval, los agentes y los comitentes.

El art. 57 de la ley 17.811 dispone que los mercados de valores deben constituir un Fondo de Garantía para hacer frente a los compromisos no cumplidos por los agentes de bolsa, originados en operaciones cuya garantía haya tomado a su cargo hasta alcanzar un importe igual al capital suscripto.

En el caso del Merval, las operaciones garantizadas en su cumplimiento por el mercado son determinadas por el directorio. Hasta el registro de las operaciones no existe responsabilidad alguna del Merval, sino que los operadores responden mutuamente entre sí, sin perjuicio de las sanciones que pueda imponer el directorio al agente o sociedad de bolsa que resulte incumplidor.

Por otro lado, los agentes de bolsa son responsables ante los mercados de valores por las sumas que las entidades hubiesen pagado por su cuenta. Los montos y formas de las garantías son determinados por el directorio. Los agentes de bolsa responden frente a los agentes contrapartes por el cumplimiento de las operaciones que realicen.

Para el caso que se trate de operaciones no garantizadas por el mercado y algún agente de bolsa haya sufrido pérdida por el incumplimiento de su contraparte, la entidad deberá expedir un certificado en el que conste la suma derivada de dicho incumplimiento que es título ejecutivo.

Finalmente, para las operaciones a plazo garantizadas por el mercado, los comitentes deben constituir el margen de garantía y reponer la disminución del mismo.

De esta manera, puede observarse que existe un sistema de responsabilidad recíproca tendiente al cumplimiento de las operaciones bursátiles. Así, para las operaciones garantizadas por el Merval, las mismas serán liquidadas obligatoriamente por éste y cumplidas en última instancia por la entidad, sin perjuicio de las responsabilidades de los agentes intervinientes ante la entidad. Y de los comitentes ante los agentes.

Las operaciones que no son garantizadas por el Merval son liquidadas directamente entre las partes, salvo disposición en contrario del directorio, existiendo responsabilidad mutua de los agentes entre sí y de los comitentes frente a éstos por las pérdidas que pudieren derivarse.

CAPÍTULO XXIX - CUENTA CORRIENTE. CON LA COLABORACIÓN DE CAROLINA ANDREA SALTO

1. CONCEPTO

El art. 1430 del CCC define este contrato de la siguiente manera "Cuenta corriente es el contrato por el cual dos partes se comprometen a inscribir en una cuenta las remesas recíprocas que se efectúen y se obligan a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un período, a cuyo vencimiento se compensan, haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte".

FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO definen a la cuenta corriente mercantil como aquel contrato en virtud del cual las partes convienen en que, los créditos y deudas que arrojen las operaciones que efectúen en determinado lapso, pierden su individualidad y se fundan en dos masas contrapuestas para liquidarse en la fecha convenida, compensándose hasta la concurrencia de la menor, a fin de obtener, si resultan desiguales, un saldo deudor para una y acreedor para la otra, importando esencialmente pues, una concesión recíproca de crédito.

Para ESPER, se trata de un contrato que se celebra mayormente entre comerciantes, cuyo objetivo primordial es servir de marco para que confluyan los créditos que los interesados tienen entre sí durante un período determinado o indeterminado, originados en las más diversas operaciones y negocios de comercio.

La cuenta corriente constituye un mecanismo jurídico contable que facilita la liquidación de créditos recíprocos, especialmente entre comerciantes.

Por su parte, ACOSTA explica que la cuenta corriente es un contrato en el que dos comerciantes, vinculados generalmente por un tráfico continuado, se ponen de acuerdo para compensar los créditos que son el producto del conjunto de operaciones en ambos sentidos y al final, se determina el saldo para saber cuál de ellos resulta deudor y cual acreedor, cancelándolo.

Puede observarse que se trata de un contrato en el cual dos comerciantes que acuerdan realizar determinadas operaciones establecen que sus respectivos créditos resultantes de tales operaciones, se incluyan en una cuenta para ser compensados y liquidados en determinada fecha, facilitándose de tal modo la operatoria que los vincula.

La cuenta que se conforma así, resulta en una dinámica que no permite considerar acreedor o deudor a ninguna de las partes mientras no se efectúe la liquidación final que arrojará luego de la compensación correspondiente, un acreedor y un deudor, pues las partidas que ingresan en la cuenta y la componen, no representan obligaciones ni créditos separados y autónomos, sino entendidos en su conjunto como integrantes de la cuenta.

El contrato se consuma a lo largo de las distintas operaciones que van conformando la cuenta, mientras que el acuerdo contractual se nutre de la decisión de realizar un conjunto de operaciones, de volcarlas a la cuenta común, de aceptar su compensación en el tiempo convenido, del que resultará el saldo a cancelar.

Este contrato requiere de la necesaria existencia de otras vinculaciones jurídicas o negocios fluidos y habituales entre los cuentacorrentistas que lo celebran. La cuenta corriente carece de sentido y razón de ser sin aquellas relaciones jurídicas y comerciales cuyos créditos emergentes ingresaran en la cuenta corriente y, oportunamente, se compensarán y generaran un saldo acreedor a favor de uno de los contratantes. Esas operaciones y negocios alimentarán la cuenta corriente, le dan vida y sustento.

Por este contrato se contabilizan y confrontan, en los libros del comerciante, las columnas del debe y del haber y se anotan en cada una de ellas las diversas partidas que emergen de los créditos recíprocos entre esos comerciantes.

En definitiva este contrato elimina la circulación de dinero entre los cuentacorrentistas, con las ventajas que ello implica en materia de riesgos, gastos, traslados y transporte, y también como un medio práctico para evitar la burocracia que significa un reclamo individual entre los contratantes por cada operación o negocio que integre la cuenta. De esta manera, este contrato reemplaza la circulación de moneda por la confección de asientos contables y favorece la productividad de los valores patrimoniales que ingresan en la cuenta, en virtud de los intereses que ellos devengan.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CUENTA CORRIENTE

a) *Remesas*: es un elemento típico de esta figura mercantil. Como comenta NISSEN, la doctrina moderna ha superado el concepto tradicional y restringido de remesa, que la identificaba con el envío material de la cosa, y desde hace tiempo se considera que la remesa no sólo es el envío físico o material de una cosa que un cuentacorrentista realiza al otro sino, más bien, toda operación de la que emerja un crédito que motive una anotación en la cuenta para producir un efecto contra alguno de los contratantes. Incluye entonces toda negociación y todo valor transmisible en propiedad, ya fuere dinero, títulos de créditos, mercaderías, aceptación de giros, diferencias por operaciones realizadas, comisiones u otros valores, de la que derive un crédito del remitente contra el receptor. Para otra posición doctrinaria, la remesa es el crédito resultante de cualquier operación, que pasa e ingresa a la cuenta corriente.

b) *Transmisión en propiedad*: las remesas, cantidad de dinero u otros valores se transmiten de un cuentacorrentista a otro en propiedad. Ello significa que, asentados contablemente, los valores remitidos quedan plena y libremente disponibles para el cuentacorrentista receptor, quien adquiere la disponibilidad de las sumas o valores recibidos.

c) *Sin aplicación a empleo o destino determinado*: las remesas se entregan o reciben sin imputación a una deuda en concreto o al pago parcial de los artículos que comprenden la cuenta. Los envíos o remesas se incorporan a la cuenta corriente y se acreditan y debitan a favor de uno y en contra del otro cuentacorrentista, respectivamente, más no se aplican ni imputan a ningún saldo o deuda anterior que pueda existir entre ambos corresponsales. Todas las operaciones sobre valores o dinero se fusionan y reducen a una sola masa indivisible mientras la cuenta permanezca abierta.

d) *Indivisibilidad*: todas las partidas que ingresan en ella pierden su propia individualidad y pasan a ingresar un todo: la masa indivisible de la cuenta corriente mercantil. Durante la vigencia de la cuenta y antes de su cierre, ninguna de sus partidas es individual o separadamente exigible entre las partes, pues ninguno de los cuentacorrentistas es considerado acreedor o deudor. Hasta la compensación y determinación del saldo, no existe en verdad deuda alguna entre los corresponsales.

e) *Compensación*: la compensación se debe realizar únicamente al cierre de la cuenta o, si existieran cierres parciales, cuando éstos tengan lugar. La compensación se produce por la conclusión definitiva o parcial de la cuenta según se hubiera acordado, y extingue los montos del débito y crédito hasta la concurrencia del menor.

f) *Determinación del saldo*: una vez compensadas las partidas del debe y del haber que integran la cuenta corriente mercantil, queda determinado cual es el saldo de la cuenta y, con él, quien es el correntista acreedor y quien el deudor. El saldo será final, si la cuenta se cierra y concluye definitivamente, o parcial si la cuenta permanece abierta pero se ha compensado y liquidado hasta un momento determinado y ha generado el saldo consecuente.

3. ELEMENTOS NATURALES DE LA CUENTA CORRIENTE

Se consideran elementos naturales de esta figura contractual aquellos que no son necesariamente inherentes a su estructura y que, por ende permiten ser dejados de lado o modificado por las partes contratantes, por medio de convenio expreso sobre el aspecto involucrado. A falta de pacto sobre la cuestión, los elementos naturales integran el contenido contractual de la cuenta corriente.

Los principales elementos son:

1) *Cláusula salvo encaje*: la doctrina ha entendido que la cláusula salvo encaje, llamada también, *saldo ingreso a caja, salvo buen cobro o salvo buen fin* y significa que mientras no se cumpla, es decir, mientras los valores, papeles de comercio o títulos de crédito remesados, que no son estrictamente dinero sino una promesa de dinero —cheques, pagares, etc.— no se perciban efectivamente del tercero que deba pagarlos, la operación se considera provisoria. Por lo tanto, si el tercero al tiempo de su vencimiento no cancela el crédito remesado, la partida abierta en el haber a favor del remitente se cancela, se inutiliza con un contraasiento que se efectúa en la cuenta corriente que, como indica ACOSTA, incluirá el débito por el importe del documento comercial más los gastos de la gestión de cobro fracasada.

De esto se deduce que es connatural a la cuenta corriente la revocabilidad de las partidas ingresadas en ella, siempre que se trate de valores, títulos, etc., que tengan un vencimiento y no sean cancelados a esa fecha. Inversamente en la cuenta corriente rige el principio de la irrevocabilidad de las partidas asentadas excepto que se trate de títulos de créditos o documentos pagaderos a plazo, que se presumen incluidos con la cláusula salvo encaje.

Conforme señala gran parte de la doctrina, la cláusula salvo encaje constituiría una excepción al principio de la irrevocabilidad de los asientos en cuenta corriente, pero a su vez la cláusula salvo encaje pone a cubierto al receptor del riesgo eventual de la falta de pago.

Si el título valor no es pagado a su término, la remesa por la cual se incorporó a la cuenta debe ser revocado a través de un contra asiento que incluirá el débito por el importe del título.

Entonces, entiende PRUSKI que salvo pacto en contrario la cláusula de revocabilidad se presume en el contrato de cuenta corriente, es así que la operación se considera como provisoria, hasta que haya tenido lugar la entrada en caja de valores, a menos de convención expresa en contrario.

2) *Intereses*: todas las partidas de la cuenta sean del debe o del haber, devengan intereses, excepto que las partes hubieran pactado lo contrario.

3) *Derecho de comisión y gastos*: se trata de los costos, gestiones y retribuciones que uno de los cuentacorrentistas pueda tener que realizar para cobrar los valores o créditos que el remitente le hubiera remesado. Pero los corresponsales válidamente pueden dejarlos fuera de ella y determinar que sus partidas no ingresen a la cuenta.

4) *Pago de saldo*: cerrada la cuenta, el saldo resultante de la compensación entre los débitos y los créditos puede ser exigido por el cuentacorrentista acreedor al corresponsal deudor. Sin embargo, por ser un elemento natural, válidamente puede pactarse que el saldo no sea exigible al momento del cierre de la cuenta sino que integre una nueva cuenta corriente que se abre entre los mismos interesados en forma sucesiva a la que se cierra.

4. CARACTERES

a) *Típico*: al tratarse de un contrato nominado por el ordenamiento jurídico, en los artículos 1430 al 1441 del CCC.

b) *Bilateral*: las convenciones generan obligaciones para ambas partes contratantes, en tanto al cabo de proceder a la liquidación de contrato, se devengará la obligación de ingresar los créditos que resulten. Asimismo, la vida del contrato generará a su vez obligaciones recíprocas en cada una de las partes.

c) *Oneroso*: La naturaleza comercial del contrato y la característica principal que éste posee, esto es, concesión recíproca de crédito, importa que las remesas que ingresan a la cuenta produzcan intereses sometidos a la voluntad de las partes que podrán regular en su caso la tasa de interés, el lapso por el que corran y en su caso, el inicio de su cómputo, distinguiendo si fuera su voluntad, distintas imposiciones según el origen de las partidas a que se apliquen.

d) *Consensual*: el contrato queda constituido por el consentimiento de las partes y desde que ellas se han manifestado recíprocamente. Ello es congruente con la concesión recíproca de crédito que mediante él se consume.

e) *Conmutativo*: ambas partes en el contrato asumen obligaciones equivalentes para con la otra, que devendrán en un crédito y un débito respectivamente a la finalización del contrato, pero que no queda sujeta a alea ninguna, sino ciertamente a las remesas que se hayan ingresado en la cuenta a lo largo de su vigencia o del lapso previsto.

f) *Comercial*: la cuenta corriente es un acto de comercio que reviste indudable naturaleza mercantil.

g) *De duración, tracto sucesivo o de ejecución*: requiere necesariamente de un período de tiempo para su desenvolvimiento y desarrollo.

h) *No formal*: la legislación vigente no impone formalidad específica alguna para la celebración de este contrato.

i) *Intuitu personae*: se discrepa sobre el carácter personal de la cuenta corriente, que vendría dado por la confianza que los cuentacorrentistas deben dispensarse al concederse crédito entre ellos y sus condiciones personales y sobre su comercialidad cuando ninguno de aquéllos es comerciante.

5. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

a) *Con las cuentas simples o de gestión*: la cuenta simple o de gestión no posee las condiciones y los elementos de la cuenta corriente, sino que se reduce a ser una simple contabilidad del debe y del haber, entre un comerciante y un cliente, o entre dos comerciantes, donde los créditos y débitos no se fusionan ni integran una masa única, sino que permanecen individuales al ingresar en la cuenta simple y pueden ser reclamados directa e inmediatamente entre sus interesados, dado que no se difiere la existencia de un saldo hasta un momento futuro determinado.

b) *Con la cuenta corriente bancaria*: las diferencias principales entre ambas figuras son las siguientes: 1) en la cuenta corriente bancaria, una de sus partes es una entidad bancaria, figura que no se presenta en la cuenta corriente mercantil, 2) en la primera, las partidas que conforman la cuenta no pierden su individualidad por su ingreso en ella, a diferencia de lo que sí ocurre en la segunda, 3) en la cuenta bancaria la compensación entre el crédito y el débito se produce en forma instantánea y sucesiva por el ingreso de partidas a la cuenta y no se debe esperar hasta un momento diferido para que ello suceda como ocurre en la cuenta corriente mercantil, 4) la novación no es de la esencia ni de la naturaleza de la cuenta corriente bancaria a diferencia de la mercantil, 5) la cuenta corriente bancaria, opera mediante el libramiento de cheques en su contra, este mecanismo es ajeno en la cuenta corriente comercial, 6) en la cuenta corriente bancaria las remesas son casi siempre unilaterales, mientras que en la mercantil son recíprocas, 7) en la cuenta corriente bancaria se encuentra limitado la autonomía de la voluntad de las partes, a diferencia de la cuenta corriente mercantil.

6. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

El funcionamiento recíproco de la cuenta corriente mercantil determina que las obligaciones y los derechos de los cuentacorrentistas sean similares, pero en sentido inverso.

De esta manera, la obligación de un cuentacorrentista es no sólo un derecho recíproco del otro sino también y recíprocamente un deber de su contrario y un derecho propio.

Las principales obligaciones de ambas cuentacorrentistas son las siguientes:

1) *Acreditar las remesas*: todo valor, papel de comercio, dinero, etc., que remita un corresponsal a otro con la finalidad de que ingrese en la cuenta corriente obliga al receptor a acreditar el importe respectivo a favor del remitente quien, a su vez, lo evitará contra el otro en los propios registros y asientos que lleve al efecto.

2) *Liquidar y compensar los créditos y débitos*: es esencial que todas las partidas del debe y del haber se liquiden en las épocas convenidas, es decir en cada período pactado, lo que dará lugar a balances o saldos

parciales, o al cierre de la cuenta, si no se hubiere acordado períodos intermedios. La liquidación es la operación y el cálculo contable que determina el saldo acreedor a favor de un cuentacorrentista y a cargo de otro. Cabe destacar que para liquidar las operaciones se deben compensar los créditos y débitos hasta la concurrencia del monto menor.

3) *Pagar el saldo*: la liquidación y compensación, en caso de ser desiguales las partidas asentadas, generan un saldo a favor de un cuentacorrentista. Este saldo será parcial o definitivo y deberá ser pagado por el corresponsal deudor, salvo pacto en contrario que dispusiera otra cosa, como ser su ingreso a una nueva cuenta, su aseguramiento con alguna garantía como hipoteca, etc. La exigibilidad del saldo se encuentra sujeta a la aceptación por el corresponsal deudor.

La ley dispone que el cuentacorrentista acreedor puede girar contra el deudor por el saldo, y si éste no aceptase el giro, tiene acción ejecutiva para reclamar el pago, excepto que se hubiere garantizado el pago del saldo con alguna de las modalidades permitidas por la ley (arts. 1439 y 1440 del CCC).

7. PLAZOS

Los plazos de duración en el contrato de cuenta corriente, salvo pacto en contrario, son trimestrales, contándose desde el primer día desde la fecha de la firma del contrato (art. 1432 CCC).

En el caso que el contrato no tenga un plazo determinado, la parte que quiera rescindir el contrato ante de su vencimiento puede hacerlo pero deberá otorgar un preaviso mínimo de diez (10) días a la otra parte de su voluntad de no continuar con el contrato.

Distinto es la situación en el cual si tenga un plazo determinado, en este caso se prevé la posibilidad de la tácita reconducción, debiendo las partes notificar a través de un medio fehaciente y con una anticipación no menor a diez (10) días.

8. EXTINCIÓN

El art. 1441 del CCC establece cuales son los modos específicos de conclusión del contrato de cuenta corriente mercantil que se agregan a las causales ordinarias de extinción prevista en la normativa general para todos los contratos a esta figura contractual.

Cabe destacar que la conclusión definitiva de la cuenta corriente produce de pleno derecho la compensación. Esto trae como consecuencia, que el saldo definitivo incluye los derechos de comisiones y reembolsos de gastos, exigibilidad del saldo.

a) *La quiebra, la muerte o la incapacidad de cualquiera de las partes*: al ser un contrato de cuenta corriente un contrato *intuitu personae*, el mismo concluye con la muerte de uno de los correntistas. Dentro de las causales que establece el artículo puede incluirse como incapacidad de cualquiera de las partes la interdicción, demencia declarada judicialmente, la sordomudez sin saberse dar a entender, pródigos, ebrios consuetudinarios, toxicómanos que no pueden realizar actos de disposición, sino con asistencia de su curador. En cuanto a la quiebra o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre administración de sus bienes. También se entiende que el concurso y la disolución de la sociedad privan a los contratantes de su capacidad.

b) *El vencimiento del plazo o la rescisión*: el plazo de duración del contrato de cuenta corriente es de tres meses, computándose el primero desde la fecha de celebración del contrato. Con posterioridad al vencimiento del contrato, las partes pueden prorrogar el término pero la doctrina entiende que más que una continuación del contrato, esto importaría una renovación del mismo o sea la concreción de un nuevo contrato.

c) *El embargo del saldo (el caso previsto en el art. 1436 del CCC)*: el embargo trabado sobre el saldo de la cuenta sólo tiene carácter eventual, ello es debido a que el mismo es efectivo hasta que pueda liquidarse la cuenta y rescindirse el contrato. Los embargos producirán la indisponibilidad de la suma, pero el acreedor no podrá satisfacerse de ella hasta la conclusión del contrato. Sólo queda facultado para rescindir el contrato, el cuentacorrentista que haya notificado por medio fehaciente al otro del embargo.

d) *De pleno derecho, pasado dos periodos completos o el lapso de un año, el que fuere menor, sin que las partes hubieran efectuado ninguna remesa con aplicación al contrato, excepto pacto en contrario*: este principio tiene su excepción en que si existe pacto en contrario de las partes de continuar con el contrato aun habiendo vencido los plazos prima la autonomía de la voluntad y la contratación continúa sin computar los plazos.

e) *Por las demás causales previstas en el contrato o en las leyes particulares*.

CAPÍTULO XXX - CONTRATOS ASOCIATIVOS. CON LA COLABORACIÓN DE GONZALO ROBLEDO VIANO

1. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Señala FARINA que en la práctica y en la doctrina jurídica se emplean —dando por sobreentendidos sus respectivos significados— expresiones tales como "*contratos de colaboración*", "*contratos plurilaterales*", "*contratos de organización*", "*contratos asociativos*". Desentrañar el concepto que encierra cada uno de estos diferentes términos facilita la determinación de la naturaleza jurídica de las diversas figuras contractuales a la vez que permite destacar con mayor precisión las analogías y diferencias que existen, especialmente con el contrato de sociedad. Sin embargo, las definiciones que ha ensayado la doctrina son variadas y realizar un recuento exhaustivo de ellas excedería nuestro propósito.

El legislador tampoco ha sido constante en la designación de los contratos bajo análisis. El negocio en participación se encontraba regulado en la [ley 19.550](#) de Sociedades Comerciales bajo el rótulo de "*sociedad accidental o en participación*" (arts. 361 a 366); mientras que los contratos de agrupación de colaboración empresarial (ACE, arts. 367 a 376) y de unión transitoria de empresas (UTE, arts. 377 a 383) estaban agrupados bajo el título de "*contratos de colaboración empresarial*". En el Código Civil y Comercial de la Nación se ha optado por agrupar a estos contratos, juntamente con el de consocio de cooperación (antes regulado por la también derogada [ley 26.005](#)) bajo la denominación de "*contratos asociativos*". Sin embargo, en el art. 1442 se ha aludido indistintamente a "*contrato de colaboración*", "*de organización*" o "*participativo*", sobresaliendo como rasgo distintivo común la alusión expresa a la *comunidad de fines*, lo que permite vislumbrar parte del alcance de la noción que se pretende incluir, pese a que en rigor dichas categorías contractuales no puedan asimilarse (JUNYENT BAS y FERRERO).

RICHARD y MUIÑO apuntan que los *contratos de colaboración* —que algunos autores denominan asociativos en sentido lato, otros plurilaterales con finalidad común y otros participativos—, por su finalidad económica, pueden ser diferenciados de la siguiente forma: a) sin finalidad común (vgr. mandato, agencia); y b) con finalidad común o autónoma, también llamados por la doctrina asociativos, participativos, plurilaterales con finalidad común o plurilaterales funcionales.

Dentro de este último grupo (*contratos de colaboración con finalidad común o autónoma*), a su vez, distinguen: a) sin organización (vgr. negocios en participación); b) con organización. Asimismo, dentro del último subgrupo, discriminan entre: a) los que no generan personalidad jurídica (vgr. agrupación de colaboración, unión transitoria, consorcio de cooperación, etc.); y b) los que generan personalidad jurídica (vgr. negocio constitutivo de sociedades, asociaciones, cooperativa, etc.). Reservándose sólo para estos

últimos la denominación de *contratos asociativos* para evitar confusiones por la vinculación, en nuestro derecho, de la personalidad a las relaciones asociativas reconocidas.

Destacan que los *contratos de colaboración* no excluyen la aplicación de los principios generales, pero al avanzar en las subclasificaciones, respecto de los contratos de finalidad común y particularmente de los asociativos, las relaciones específicas rechazan, en algunos aspectos, la aplicación de los principios generales de los contratos. En tal sentido, las prestaciones no se presentan, consideradas aisladamente, en una relación de equivalencia y se debe atender a un régimen especial en cuanto a la afectación de la relación vincular y por el incumplimiento de una parte. No cabe aplicar la *exceptio non adimpleti contractus*, ni el pacto comisorio, tampoco se extingue necesariamente por la imposibilidad de cumplimiento de una prestación debida por una de las partes. Asimismo, los contratos de colaboración con finalidad común y organización no caerían dentro de la limitación impuesta por el art. 30 de la Ley General de Sociedades, que impide la participación de sociedades por acciones en otras sociedades que no sean por acciones, en cuanto no pudieran subclasificarse como relaciones que usen del recurso técnico de la personalidad.

En muchos contratos existe *colaboración* entre las partes. Pero no hay una finalidad en común ni un interés compartido, sino un deber colateral de las obligaciones de una de las partes, que persigue la satisfacción de un interés ajeno. En los contratos bilaterales de cambio, la colaboración se da por medio del cumplimiento de las obligaciones recíprocas, es decir, sólo tiene una visibilidad secundaria pues lo que prima es la finalidad de intercambio (vgr. compraventa, locación de cosas).

En otros casos, existe una mayor intensidad en la colaboración, pero se encuentra ausente una finalidad común. El caso paradigmático es el mandato, en el que una parte delega en la otra la ejecución de actos jurídicos, esto es, se encamina a realizar los intereses del mandante. En las locaciones de obra y de servicio se encarga la realización de actos materiales, ya sea a causa de la complejidad técnica o imposibilidad física, se encarga el cumplimiento de la prestación a otro y es quien encarga el que fija el interés.

En los supuestos mencionados, el interés es de una de las partes y la prestación que brinda la otra no es más que la forma de obtenerlo. Se trata de una *colaboración subordinada*. En cambio, en los contratos comprendidos en este capítulo estamos ante casos de *colaboración coordinada*, donde las partes comparten la finalidad que persiguen y aúnan sus esfuerzos para alcanzarla.

El modelo típico, en este aspecto, es la *sociedad*, en la que se produce una integración total bajo el tipo societario elegido. Se crea una persona jurídica distinta a las partes que la integran, las que disuelven su individualidad en ella para conseguir la finalidad perseguida. Señala LORENZETTI que, en contraste, en los contratos de *colaboración asociativa no societaria* si bien hay coordinación y un interés común, sólo hay una integración parcial, que viene impuesta por las necesidades de la velocidad de los negocios. Los participantes preexisten al negocio y lo sobreviven, sin disolver su individualidad, porque sus cualidades personales han sido tomadas en cuenta para el emprendimiento. En breves palabras, define al *contrato asociativo* como un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad.

En cuanto a la nota de *plurilateralidad*, hemos precisado con anterioridad que suele denominarse como "*contratos plurilaterales*" a aquellos en los que pueden participar —*ab initio* o después de su formación— varias (en el sentido de dos o más) partes. Al respecto, puede advertirse que el llamado contrato plurilateral se asemeja al acto plurilateral, pues tanto aquel concepto como éste apuntan a la cantidad de partes y no a las obligadas.

Lo expuesto trae aparejado: a) inexistencia de obligaciones correlativas entre dos partes, sino que cada participante adquiere derechos y obligaciones respecto de todos los demás e independientemente de ellos en cuanto al contenido de tales derechos y obligaciones; b) apertura de los contratos a la integración de nuevas partes; c) no vigencia de la equivalencia de las prestaciones, ni se aplica el pacto comisorio ni la excepción de incumplimiento contractual; d) existencia de un interés común que lleva a las partes a cooperar entre sí mediante la realización de la actividad en colaboración; e) formación de un fondo común para desenvolver la actividad mencionada; f) continuidad del vínculo ante la imposibilidad de realizar prestaciones no esenciales por una de las partes; y g) no creación de un nuevo sujeto de derecho: por tanto, las ganancias son adquiridas en forma originaria por los participantes, sin pasar previamente por el filtro de un ente para ser divididas luego, y no puede hablarse de que las partes se subordinen a dirección o administración alguna.

2. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Código Civil y Comercial tipifica en el Capítulo 16 del Título IV ("*Contratos en particular*") de su Libro Tercero de los "*Derechos personales*", bajo el rótulo de "*Contratos asociativos*", una serie de alternativas contractuales que comparten entre sí características comunes y responden a la categoría previamente reseñada.

En su articulado se regulan de: a) contrato de negocio en participación; b) contrato de agrupación de colaboración; c) contrato de unión transitoria; y d) contrato de consorcio de cooperación. También se prevé la posibilidad de *contratos atípicos* que compartan ciertas características generales comunes a los anteriores, presumimos que con la loable finalidad de permitir el desarrollo de múltiples variantes de *joint ventures*.

Con la sanción de la [ley 26.944](#), en lo sustancial, se trasladaron las disposiciones existentes en la Sección 9 del Capítulo 2 de la [ley 19.550](#) sobre la "*sociedad accidental o en participación*" (que es incorporada como "*contrato de negocio en participación*") y su Capítulo 3 sobre los "*contratos de colaboración empresaria*" al nuevo Código Civil y Comercial. A ellas se adicionó buena parte de la regulación del "*consorcio de cooperación*" que preveía la [ley 26.005](#), que quedó derogada. Por otra parte, se unificó la regulación sobre la "*sociedad*" en un cuerpo legal separado al Código: la reformada [ley 19.550](#), cuya denominación pasó a ser "*Ley General de Sociedades*".

El desarrollo de los contratos en examen se deriva de la comprensión de que los rígidos moldes establecidos en la Ley General de Sociedades a menudo pueden resultar inadecuados para satisfacer las necesidades de los distintos sujetos que interactúan en el mercado.

En este sentido, no puede soslayarse la valla establecida desde la misma sanción de la [ley 19.550](#) de Sociedades Comerciales en 1972, a través de interdicción, contenida en su art. 30, a las sociedades por acciones de participar en otras sociedades que no sean por acciones. La [ley 22.903](#) de 1983 procuró dar algún principio de solución al problema mediante la introducción de la figura de los *contratos de colaboración empresaria*, en forma paralela y sin derogar al artículo mencionado. Las reformas introducidas por la [ley 26.944](#) en dicha norma no han modificado —en lo sustancial— el escenario existente, pues se prevé que: "Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo".

3. OBJETO DEL CONTRATO

a) Negocio en participación

Su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor (art. 1448).

La operación será *determinada* aun cuando sus detalles debieran ser precisados con posterioridad y durante la ejecución, fijándose reglas procedimentales al efecto.

Las partes quieren realizar un negocio pero sólo una de ellas se encarga de desarrollarlo y de las relaciones con los terceros. En puridad, pueden distinguirse dos partes: a) gestor; y b) partícipe. Ambas partes pueden estar compuestas por una pluralidad de sujetos. El *gestor*, que concierne las operaciones, tiene responsabilidad ilimitada frente a los terceros con los que contrata en el marco del negocio en participación. En caso de actuación de varios gestores, todos ellos responderán solidariamente (cfr. art. 1449). El *partícipe* no actúa frente a los terceros, a menos que exteriorice una actuación común con el gestor no podrá accionar contra aquéllos y tampoco aquéllos podrán accionar contra aquél (cfr. 1450). Tiene derecho a obtener del gestor información y acceso a la documentación relativa al negocio, así como a la rendición de cuentas en la forma y plazo pactado. En ausencia de convención al respecto, será anualmente y al concluir la negociación (art. 1451).

Los aportes comunes que realizaran los partícipes se transfieren al patrimonio del gestor. A su vez, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1452, las pérdidas que afecten al partícipe no podrán superar el valor de su aporte.

La operatoria, a diferencia de lo que ocurre con las restantes figuras que analizaremos a continuación, carece de denominación (es innecesario ponerle un nombre), no está sometida a recaudos de forma (informalidad) y no debe inscribirse en el Registro Público pertinente (cfr. art. 1448 *in fine*).

Está disciplinado como un contrato de colaboración asociativo y no societario, plurilateral, típico, consensual, conmutativo, oneroso, no formal y, generalmente, de tracto sucesivo.

b) Agrupación de colaboración

El Código Civil y Comercial prevé que hay agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades (art. 1453). La definición se completa con lo establecido por el art. 1454 en cuanto a que la agrupación propiamente tal "no puede perseguir fines de lucro", sino que: "[l]as ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las parte agrupadas o consorciadas".

Están involucradas operaciones idealmente separables de la actividad. En la práctica comercial suelen emplearse para reducir costos haciendo en común determinados tramos del proceso productivo, entre sí o mediante la adquisición conjunta a terceros. También se emplea a la agrupación para realizar investigaciones o adquisición de tecnología conjunta, integrar sistemas de comercialización de bienes o servicios, sistemas de administración, compartir recursos en materia de transporte y logística, desarrollar una gestión financiera común, entre otras variadas aplicaciones.

En cuanto al lucro, se ha entendido que la veda se refiere a la actividad principal de la agrupación. En virtud de ello, podría admitirse que, de manera accesorio, se obtuviera un lucro cuando hay excedentes ociosos que para mejorar la productividad se arriendan a terceros (vgr. alquiler excepcional de maquinaria, etc.).

El objeto de la agrupación imperativamente debe tener alguna relación con la actividad de los participantes, pues debe ir en provecho de ellos. No obstante, no se exige que las partes tengan en marcha una actividad plena, pudiendo recurrirse a la colaboración precisamente para darle inicio.

Entre sus caracteres podemos destacar que se trata de un contrato de colaboración asociativo y no societario, típico, consensual, conmutativo, oneroso, formal y de tracto sucesivo. Características que comparte con los dos contratos que analizaremos a continuación.

c) Unión transitoria

Se considera que habrá contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. También se las faculta para desarrollar o ejecutar obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal (cfr. art. 1463).

A diferencia de lo previsto en el derogado art. 377 de la ley 19.550 donde el objeto se limitaba a una obra, servicio o suministro concreto, la redacción ahora es en plural. Más allá de ello, se mantienen como notas características la *transitoriedad* y la *especificidad*.

Es el caso de dos o más partes que quieren realizar un negocio puntual (o un conjunto individualizado de ellos) con un tercero para el que no reúnen por sí mismas todas las condiciones. En tal sentido, es muy común la presentación de uniones transitorias de empresas a distintas licitaciones públicas. Asimismo, comienza a observarse a partir de la sanción de la ley 26.005 la aceptación de la figura del consorcio de cooperación en distintos pliegos de obras públicas.

Mientras que las agrupaciones de colaboración responden a los denominados *joint ventures* operativos o consorcios internos, las uniones transitorias son externas e instrumentales.

d) Consorcios de cooperación

Existe un contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados (art. 1470).

Reconocido en nuestro derecho por la derogada ley 26.005, su objeto guarda similitud con el de las agrupaciones de colaboración. Pero, a diferencia de ellas, tiene aptitud para perseguir fines de lucro. En tal sentido tiene escasas diferencias con la sociedad. No obstante, el consorcio es un contrato que no genera una nueva persona jurídica.

4. FORMA

El art. 1444 del CCC sienta como principio la *informalidad*. Sin embargo, ello es relativo. Podemos observar que sólo se registra ausencia de requisitos formales para los casos del negocio en participación y, obviamente, del de aquellos contratos atípicos que las partes pueden configurar en los términos del art. 1446.

En los supuestos de las demás figuras tipificadas (agrupación de colaboración, unión transitoria y consorcio de cooperación) se prevé que el contrato deberá realizarse por escrito, en instrumento público o en instrumento privado con firma certificada notarialmente (cf. arts. 1455, 1464 y 1473, respectivamente). Afirma VÍTOLO que toda vez que esa exigencia de forma no es dispuesta bajo condición de validez, de no cumplirse con ella, el contrato valdrá como contrato en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad (cfr. art. 969).

Para los tres contratos mencionados se exige la inscripción en el Registro Público correspondiente (cf. arts. 1455, 1466 y 1473). Sin embargo, la falta de inscripción no priva al contrato de sus efectos entre las partes (art. 1447).

Sólo en el caso de las agrupaciones de colaboración se prevé, además, la obligación del Registro de remitir una copia certificada con los datos de la inscripción al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia. Tanto este contrario como los otros *per se* no son lesivos de la competencia, por el contrato al promover el uso eficiente de los recursos disponibles favorecen la competitividad de la economía. Sin embargo, pueden ser utilizados como instrumento para configurar alguna de las conductas prohibidas por la [ley 25.156](#) de Defensa de la Competencia. En este orden de ideas, ha criticado VERÓN el porqué de la remisión únicamente en los casos de inscripción de agrupaciones de colaboración y no de uniones transitorias. Más allá de que la actividad de estas últimas aparece limitada al desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos con lo que las posibilidades de incidencia serían menores, también —apunta ZALDÍVAR— pueden resultar medios para la formación de *pools* y carteles. Igualmente la crítica conserva validez para los contratos de consorcio de cooperación, atento la indudable similitud —aunque no identidad— de objeto que tiene con la agrupación. A todo evento, la instrumentalización de estos contratos como medio para *"limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general"* (cfr. [art. 1º](#) de la [ley 25.156](#)), así como incurrir en las conductas descriptas como *"prácticas restrictivas de la competencia"* (cfr. [art. 2º](#) de la ley cit.) es una cuestión de hecho que debe ser fehacientemente acreditada en el caso particular.

4.1. Contenidos mínimos

El art. 1446 del Código Civil y Comercial sienta como principio la libertad de contenidos. En tal sentido, faculta a las partes no sólo a optar por contratos diferentes a los tipificados sino que también les reconoce la libertad de configurarlos con otros contenidos.

No obstante, en los supuestos de agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación, también impone unos *contenidos mínimos* que deben estar presentes en los contratos.

Cabe acotar que la negociación de las distintas cláusulas contractuales entre los participantes suele insumir tiempo y recursos. Adquiere relevancia la buena fe en las tratativas preliminares, siendo plenamente aplicables al respecto las normas relativas a la responsabilidad precontractual. Seguidamente, analizaremos los distintos puntos que en forma obligatoria deben estar presentes en el contrato.

a) Objeto

Debe expresarse la finalidad concreta en virtud de la cual las partes decidieron aunar sus esfuerzos. El objeto descripto en el contrato debe coincidir con los lineamientos que con redacción amplia ha previsto el legislador para cada especie (v. arts. 1453, 1463 y 1470).

b) Duración

En los casos de la agrupación de colaboración y el consorcio de cooperación deberá precisarse el lapso temporal durante el que se encontrará vigente el contrato. En el primer supuesto, la ley prevé una limitación máxima de diez años, sin perjuicio de que el mentado plazo podrá ser prorrogado en forma sucesiva por términos iguales o menores por decisión unánime de los participantes (cfr. art. 1455, inc. b). El Código Civil y Comercial no establece límite alguno para la duración del contrato de consorcio de cooperación pero sí establece que ésta debe constar en el instrumento.

En cambio, el plazo de la unión transitoria se encuentra indisolublemente ligado a la duración de las obras, servicios o suministros concretos que constituyen su objeto.

c) Denominación

El agrupamiento, unión o consorcio, según cual fuera el caso, deberá tener un nombre. En el caso de la agrupación éste debe consistir en un nombre de fantasía y la palabra "*agrupación*". Lo propio ocurre con los consorcios de cooperación, donde la leyenda debe ser "*consorcio de cooperación*". En contraste, las uniones transitorias deberán denominarse por el nombre de alguno, algunos o todos sus participantes y la expresión "*unión transitoria*".

d) Domicilio especial

El legislador ha juzgado oportuno que el agrupamiento, unión o consorcio establezca un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto entre partes como respecto de terceros.

e) Información de los participantes

El contrato de que se trate también deberá suministrar información relativa a aquellos que participan en él (vgr. nombre, razón social o denominación, domicilio, datos de inscripción registral del contrato o estatuto de la matriculación e individualización [según el caso], si fueran sociedades: la información relativa a la resolución del órgano social que aprobó contratar).

Los sujetos contratantes pueden ser personas físicas o jurídicas, siendo aplicables en cuanto a capacidad las normas relativas a los contratos en general. Al respecto, se ha discutido en doctrina sobre si la participación en estos instrumentos es un acto de administración o de disposición. Tres son las posturas existentes: a) *criterio estricto*: toda vez que no hay transferencia hacia una nueva persona jurídica, no podrá tratarse de un acto de disposición; b) *criterio amplio*: se trata de un acto de disposición, entendido como todo acto de grave compromiso patrimonial, pues las actividades a desarrollar pueden redundar en compromisos patrimoniales de importancia; y c) *criterio intermedio*: se interpreta que son actos de administración extraordinaria, por lo que si se trata de una sociedad se requerirán mayorías especiales para decidir participar.

Señala LORENZETTI que no es necesario que cuenten con una estructura empresarial y una actividad sostenida. Basta con que tengan una aptitud inicial, esto es, una posibilidad de llevar adelante los fines, pero no se deduce de ningún texto legal que ya deban tener en marcha una plena actividad.

Cualquiera que fuera la naturaleza de las empresas o sociedades del Estado, éstas podrán también ser parte en estos contratos. Ello siempre que el objeto de éstos se ajuste al objeto y finalidades de la empresa estatal y que su estatuto o ley orgánica no contenga —expresa o implícitamente— cláusulas restrictivas.

f) Obligaciones asumidas por los participantes

Una cláusula de suma importancia en el contrato es aquella que precisa los alcances concretos de las prestaciones asumidas por las partes.

La precisión de sus términos adquirirá gran relevancia a la hora de juzgar la conducta asumida por cualquiera de los partícipes en la agrupación, unión o consorcio de cara a eventuales sanciones.

En particular, se destaca la contribución al *fondo común operativo* y los modos de financiar las actividades comunes. Este fondo está compuesto por las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquirieran. En los casos de agrupaciones de colaboración y consorcios de cooperación deberá permanecer indiviso durante el plazo del contrato (cfr. arts. 1458 y 1474, inc. p, respectivamente).

g) Participación de cada contratante en las actividades y sus resultados

Por un lado, deben precisarse las actividades específicas que corresponden a cada partícipe dentro de las comunes del emprendimiento. Por otro, debe determinarse la proporción que a cada uno corresponde de los resultados obtenidos, en el caso de las agrupaciones de colaboración si es que existieran ventajas o beneficios o eventuales pérdidas. Ello pues, esta figura —a diferencia de las otras— no está habilitada para perseguir fines de lucro.

h) Responsabilidad de los participantes

Los regímenes de responsabilidad de los participantes en una agrupación, unión o consorcio son disímiles.

En las primeras, los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación, quedando la acción expedita luego de interponerse infructuosamente al administrador de la agrupación (cfr. art. 1459). En las uniones, no se presume la solidaridad, excepto disposición en contrario del contrato (cfr. art. 1467). Es decir, cada participante responderá en forma simplemente mancomunada en la medida de su participación comprometida o, en ausencia de tal determinación, en partes iguales (cfr. arts. 825 y 826). Por último, en los consorcios de cooperación el régimen es ligeramente diferente: el participante responderá en la proporción que hubiera establecido el contrato, pero si nada se dijera sobre el asunto en dicho instrumento habrá responsabilidad solidaria de todos ellos.

i) Representación

En primer lugar, corresponde enfatizar que toda vez que está descartado se esté constituyendo por medio del contrato una persona de derecho, no puede predicarse la existencia de órganos de administración o de dirección.

No obstante ello, el Código Civil y Comercial prevé que el contrato debe designar a quienes ejercerán la representación y administración de la agrupación, unión o consorcio.

En el caso de la agrupación deberán ser una o más personas físicas (cfr. art. 1457). Nada impide la designación como tales de personas jurídicas en las uniones y los consorcios, en el primer caso, la designación deberá ser inscripta en el Registro Público que corresponda.

En ningún caso los representantes o administradores podrán ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de los participantes en el contrato.

j) Casos de separación y exclusión de contratantes

El contrato debe precisar las causales de separación y exclusión de los distintos contratantes.

En el supuesto de las agrupaciones de colaboración, el art. 1462 establece que, sin perjuicio de lo establecido en el contrato, cualquier participante podrá ser excluido por la decisión unánime de los demás si "*contraviene habitualmente sus obligaciones*", "*perturba el funcionamiento de la agrupación*" o incurre en un "*incumplimiento grave*".

k) Requisitos de admisión para nuevos participantes

Como corolario del carácter abierto que tienen las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación, es factible que durante la vigencia del contrato nuevos participantes quieran integrarse. Al efecto, el contrato deberá prever los recaudos que éstos deberán cumplir para ser admitidos.

l) Régimen sancionatorio para incumplimientos

Como necesaria consecuencia de la existencia de obligaciones para las partes, debe preverse cuáles serán las sanciones aplicables para el caso de incumplimientos.

Se ha señalado al respecto en la doctrina que las sanciones deberán ser siempre pecuniarias y no disciplinarias, por lo que su régimen es asimilable al de las cláusulas penales.

m) Normas para la confección de estados de situación

Se prevé que los administradores deberán llevar los libros habilitados a nombre de la agrupación, unión o consorcio que requiera la importancia y naturaleza de la actividad común.

4.2. Adopción de decisiones

En las uniones la regla es la unanimidad, excepto previsión en contrario (art. 1468). Sólo se prevé que por mayoría absoluta podrá revocarse la designación del representante si mediara justa causa (art. 1465 *in fine*). En los consorcios, las resoluciones se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de las partes, a menos que el contrato constitutivo dispusiera otra forma de cómputo (art. 1474, inc. j).

En el caso de las agrupaciones, para adoptar resoluciones sobre la realización del objeto se necesita el voto de la mayoría absoluta de los participantes, excepto disposición en contrario del contrato y el supuesto previsto por el art. 1462.

4.3. Modificación del contrato

En la agrupación, se necesita el consentimiento unánime de los participantes (cfr. art. 1456 *in fine*). La misma solución cabe para la unión y el consorcio, salvo disposición contraria en el contrato (cfr. arts. 1468 y 1474, inc. l).

5. EXTINCIÓN

En los casos del negocio en participación y la unión transitoria el modo normal de extinción será el *cumplimiento* de las operaciones o del desarrollo o ejecución de las obras, servicios o suministros concretos que comprendía el objeto del contrato. Ello no es más que la *consecución o agotamiento del objeto* en los términos previstos por el articulado para otras hipótesis (vgr. agrupación de colaboración y consorcio de cooperación). A lo expuesto cabe agregar la *decisión de los participantes*, la *imposibilidad sobreviniente* de lograr el objeto.

La *reducción a uno del número de participantes* también producirá la extinción.

En cuanto a la incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, se prevén soluciones disímiles. La agrupación se extinguirá, a menos que el contrato prevea lo contrario o si los demás participantes votaran en forma unánime por la continuidad. Distinto es el caso de la unión, que continuará con los restantes siempre que acuerden cómo se harán cargo de las prestaciones ante terceros (cfr. art. 1469). Por último, el consorcio también continuará excepto que ello resultara "*imposible fáctica o jurídicamente*" (cfr. art. 1478 *in fine*).

La *decisión firme de la autoridad competente* que considere que la agrupación de colaboración, por su objeto o su actividad, persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia pondrá fin a dicho contrato (cf. art. 1461, inc. e).

En los casos de las agrupaciones, uniones y consorcios también podrán establecerse contractualmente *causas específicas* de extinción del vínculo distintas a las mencionadas anteriormente.

CAPÍTULO XXXI - AGENCIA. CON LA COLABORACIÓN DE CAROLINA A. SALTO

1. CONCEPTO

En nuestro ordenamiento legal se encuentra definido en el art. 1479 del CCC, de la siguiente manera: "*Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución*".

LORENZETTI, lo define como aquel contrato por el cual una parte (comitente) encarga a otra (agente) la promoción de la venta de sus productos y la conclusión de negocios de venta de éstos, dentro de una zona determinada y generalmente en un régimen de exclusividad, con o sin representación de manera estable.

Por su parte AGUINIS, lo define al agente de comercio (y así al contrato de agencia) como "aquel empresario independiente, que monta una organización riesgosa y compleja al servicio de la difusión y colocación de los productos del fabricante en una zona determinada".

Agrega que, el agente actúa por cuenta y orden del fabricante o productor de bienes y/o servicios, su organización es absolutamente independiente de éste, de forma tal, que se distingue de otras formas de distribución comercial —como la concesión comercial— por la carencia de dirección técnica por parte del principal.

Concluyendo que, el agente de comercio, es aquella entidad profesional independiente —persona física o jurídica— que buscará concertar negocios por cuenta y orden de un tercero, promoviendo en forma masiva los productos de éste.

GHERSI Y WEINGARTEN señalan que el contrato se celebra entre persona jurídica física o ficta que recibe de otra persona jurídica física o ficta el encargo de procurar la colocación en el mercado de los productos o servicios que esta última ofrece.

Conforme ESPER, la agencia es un contrato mediante el cual una de las partes se obliga a promover y comercializar determinados bienes o servicios y a generar nueva clientela y negocios en interés del productor, percibiendo por ello una retribución económica denominada comisión, que suele consistir en un porcentaje del valor de las operaciones concluidas (La Ley, 1992-E-309).

La realidad del tráfico comercial de estos tiempos nos muestra que tanto el agente como quien le hace el encargo —comitente o preponente— son empresas y se vale de varios agentes, a los que asigna diferentes zonas geográficas.

Algunos ejemplos nos sirven para identificar la figura en la vida cotidiana actual: las agencias de venta o alquileres de servicios de telefonía celular, las agencias intermediarias de viaje, las de colocación de sistemas de ahorro previo, las de seguros; los agentes artísticos y de espectáculos, etc.

El origen del agente de ventas está en las ferias comerciales que surgieron en Italia a partir del siglo X, cuando el capitalismo mercantil comenzaba lentamente a abrirse paso dentro de una estructura político

económico esencialmente agraria y feudal. Otros señalan que la figura del agente adquirió sus características actuales y se expandió en la segunda mitad de siglo XIX, de la mano de la Revolución Industrial y la producción en masa que fue su consecuencia.

Luego, los sistemas de fabricación, distribución y comercialización fueron modificándose a lo largo del tiempo. De un sistema concentrado en un mismo y único sujeto se ha pasado a sistemas de desconcentración, donde participan dos o más sujetos independientes entre sí.

Conforme lo establecen JUNYENT BAS Y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, los contratos de agencia, concesión, distribución y franchising son frutos de estos nuevos fenómenos de comercialización, normalmente en situaciones de dominación. Tienen en común ser instrumentos aptos para permitir la fabricación, comercialización y distribución de los productos contando con la colaboración o cooperación de comerciantes independientes jurídicamente que se vinculan al quehacer económico del productor o fabricante formando una red o cadena comercial.

En estos contratos existe una concentración vertical, que implica una prevalencia de una de las partes que impone las condiciones de comercialización a la otra a través de un contrato de adhesión (agencia, concesión o franquicia).

2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

a) *Autonomía del agente*: El agente debe desarrollar sus actividades con autonomía e independencia con relación a la empresa preponente o aquella que le ha encargado el contrato o actividad de agencia. La empresa podrá o no impartirle directivas pero es evidente la necesidad de que el agente se mueva en un plano de libertad y autonomía potencial, relacionado con sus virtudes profesionales y su aptitud en el ramo o negocio específico que representa. No existe, en consecuencia, una dependencia laboral, ya que entre ambos debe existir una situación de igualdad. Por ello, nuestra jurisprudencia ha podido establecer: "El agente comercial ejerce en forma autónoma su propia actividad, sin otra sujeción con la empresa que la que impone el cuidado de los intereses de ésta y la necesidad de procurar negocios a la misma".

b) *Organización empresarial*: Para el ejercicio efectivo de la actividad profesional, que tiene que realizar a su costa y riesgo, resulta indispensable y previo para el agente, disponer de una organización empresarial propia, y hasta en muchos casos se le exige contar con un establecimiento que cumpla determinadas condiciones. Por ello, la jurisprudencia ha dicho: "El agente de comercio tiene que crear una organización propia de la que sea dueño, aunque al cumplir la función mediadora haya de sujetarse a instrucciones del empresario principal". Sin esta nota característica sería imposible su distinción de otros productores de venta o de negocios en general, como suelen ser los viajeros de comercio.

c) *Estabilidad en las relaciones (vínculo de duración)*: El contrato de agencia conlleva una relación estable, continuada y duradera entre el agente y el preponente. El contrato resulta de ejecución continuada porque comprende una pluralidad de operaciones y no simples actos aislados. Por ello, debe mediar una relación permanente sin la existencia de momentos en que se rompa la relación y el vínculo entre el empresario principal y el agente. La relación debe ser estable y permanente. FARIÑA enseña que se requiere una relación organizada y estable para cumplir con la finalidad de este género de contratos.

d) *Zona de actuación*: Resulta ser el lugar geográfico o territorio en que las partes convienen en que se desarrollará la actividad del agente. Es decir, al celebrarse el contrato de agencia las partes van a indicar y delimitar en qué zona o territorio cumplirá sus funciones el agente, sin olvidar lo que hemos dicho respecto a la necesidad de una organización empresarial y también de la existencia de local fijo para que el agente cumpla acabadamente sus funciones.

3. CARACTERES

1) *Bilateral*: este acuerdo genera prestaciones recíprocas entre las partes intervinientes, ya que el agente se compromete a encarar de manera estable una actividad de promoción de los productos o servicios del preponente y éste se obliga al pago de la comisión acordada con aquél.

2) *Consensual*: dado que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes.

3) *Típico*: se encuentra regulado actualmente en los arts. 1479 a 1501 del CCC.

4) *Formal*: debe hacerse por escrito (último párrafo del art. 1479 del CCC).

5) *Oneroso*: el agente cobra una remuneración, en general consistente en una comisión que suele fijarse mediante un porcentaje, bilateral, consensual y no formal.

6) *Commutativo*: desde el momento de su celebración las partes pueden apreciar con certeza la magnitud y equivalencia de las ventajas y sacrificios recíprocos.

7) *Intuitu Personae*: debido a que, atento los caracteres de colaboración y duración que ostenta la agencia, resulta evidente que las aptitudes morales, técnicas y financieras de cada una de las partes serán determinadas para la otra al momento de contratar. Por eso, una alteración sustancial en la persona de uno de los contratantes podrá ser argüida como causal de rescisión justificada por la otra (vgr. Concurso o quiebra, transmisión de fondo de comercio o del control accionario de la persona jurídica, etc.). ROBLEDO e IRIBAS, indican que para cumplir con el objetivo de colaboración es necesario que exista una relación de cooperación entre los contratantes, basada en la confianza que mutuamente deben dispensarse entre ellos.

8) *De ejecución continuada*: requiere que sea ejecutado a través de prestaciones sucesivas de las partes, sin poder concretarse en meros actos aislados.

9) *Mercantil*: las partes que intervienen en la celebración del contrato de agencia, son empresarios comerciantes autónomos.

10) *Adhesión*: si bien no puede anunciarse este carácter en términos absolutos, la realidad actual demuestra que en la inmensa mayoría de los contratos de agencia es el preponente quien impone las condiciones de contratación a sus agentes. Esto conlleva una serie de consecuencias respecto de la interpretación y la posibilidad de revisión de estos contratos que merecen un desarrollo separado.

Con frecuencia, un mismo productor encarga la comercialización de sus productos o servicios a diferentes personas físicas o jurídicas, otorgando a cada una de ellas diferentes zonas territoriales de actuación. Estos contratos son absolutamente independientes entre sí; aunque esta característica, que VÍTOLO denomina "*masivista*", justifica que por evidentes cuestiones de organización y conveniencia económica, el productor redacte unilateralmente estos contratos, predeterminando su contenido, con la finalidad de lograr una uniformidad que torne funcional la actividad en su conjunto.

LORENZETTI agrega que la protección de bienes del productor, como la marca, la imagen o el *know how*, requiere el ejercicio de cierto control sobre los cesionarios de estos elementos, que justifica en cierto modo la celebración de contratos por adhesión.

Sin embargo, existen múltiples supuestos en los que este tipo de contratos son negociados y celebrados discrecionalmente entre las partes, sin que necesariamente una de ellas adhiera a un contenido contractual predeterminado por la otra.

11) *Genera obligaciones de medios*: el agente asume una obligación de medios, puesto que se compromete a desplegar una actividad diligente y adecuada para generar negocios, contratos, clientes, a favor del productor o fabricante, pero no garantiza el efectivo logro de ese desenlace, que depende de circunstancias que le son ajenas, como la voluntad de los potenciales adquirentes o usuarios de los bienes o servicios promovidos por él. Si el agente empleara los medios adecuados, es razonable suponer que obtendrá el resultado esperado, aunque ello no es concluyente, puesto que existe factores externos, que resultan ajenos a su actividad y que pueden determinar que el resultado deseado finalmente no se consiga.

4. FINALIDAD ECONÓMICA Y TRASLACIÓN DE RIESGO

El contrato de agencia es ubicado dentro de los que tienen finalidad distributiva. Dentro de este género es el más cercano al contrato de trabajo dependiente, ya que, en general, actúa a nombre del principal, sujeto a una fuerte subordinación y soportando una importante cantidad de riesgo que son derivados del principal, pues promueve negocios pero no garantiza resultados.

Este contrato permite al comitente la dispersión de los riesgos y costos de la distribución, presentando una enorme ventaja respecto de la contratación laboral. Los beneficios son: la actuación del agente a nombre ajeno, con la obligación de rendir cuentas, el control de la prestación del agente y la circunstancia del que el comitente se reserve la facultad de aprobar las operaciones que celebra el agente. El agente soporta adversidades que no son propias, sino derivadas de una actividad organizada exclusivamente por otro sujeto (por ej., si el comitente es ineficiente en la organización de su empresa, ello repercutirá en la actividad del agente, pues que podrá concretar menos contratos).

Las ventajas que presenta el contrato de agencia para las partes diremos que consisten en: la empresa que produce bienes o presta servicios, al delegar su comercialización en otra empresa —persona jurídica independiente—, se libera de hacerlo por sí misma, con todo el beneficio que ello implica en cuanto a optimización de costos y menor utilización de recursos propios. A su vez, la empresa que cumple la función de agencia obtiene la posibilidad de iniciar y desarrollar su actividad al amparo de un producto reconocido en el mercado, del que seguramente tendrá, la exclusividad para comercializarlo en una zona determinada.

5. DELIMITACIÓN CON OTROS CONTRATOS

5.1. Con el contrato de trabajo

El agente no está vinculado por una relación de dependencia, puesto que no hay subordinación jurídica, económica ni técnica, ni datos que permitan siquiera presumirla ([art. 23, ley 20.744](#)). Es un contratante autónomo que, si bien está sometido a un control, éste obedece a la necesidad que tiene el concedente de cuidar sus bienes entregados al agente, como así también a la proyección del negocio, pero no a un vínculo laboral.

5.2. Con el mandato y la representación

El mandato y, en especial la representación están en la base de la agencia, puesto que en esta última hay encargo y una actuación por cuenta ajena. La analogía ha sido considerada por alguna jurisprudencia como base suficiente para aplicar las reglas del mandato a la agencia.

Sin embargo, el contrato de agencia incluye otros aspectos que exceden la figura del mandato, ya que no sólo hay un encargo para la celebración de actos jurídicos, sino también actos materiales y obligaciones de hacer, propias de un contrato de servicio. Asimismo, el mandato está previsto para actos aislados y no para relaciones de duración que involucran actos continuados.

5.3. Con el corredor de comercio

El agente debe actuar siempre en interés del comitente, tratando de obtener la mayor ventaja para éste, mientras que el corredor ejerce una mediación neutral entre los intereses opuestos de las partes.

El corredor es un colaborador independiente. Igual que el agente y su función también es similar, por cuanto procura la celebración de contratos. La diferencia radica en que el corredor no está vinculado previamente a ninguna de las partes que acerca a la negociación, en tanto el agente actúa en virtud del contrato de agencia que lo liga a una de ellas. En consecuencia, mientras el agente actúa en forma estable y continuada atendiendo el interés de su comitente, gestionando negocios en su favor, el corredor es un sujeto que busca oportunidades de negocios y luego procura el acercamiento de las partes apropiadas para llevarlo adelante, actuando en forma imparcial y equidistante respecto de ellas.

5.4. Con la comisión

La relación entre comisionista y comitente se refiere a encargos "individualmente determinados", a diferencia de la agencia, donde se configura un vínculo estable, que excede a una operación singular. Por otra parte, el comisionista actúa a nombre propio y se obliga directamente con la persona que contrata sin que ésta tenga acción contra el comitente ni éste contra aquéllas.

El agente como vimos, se limita a acercar a los clientes al preponente, y si tiene la facultad de concluir operaciones lo hará en nombre de éste, nunca en el propio.

6. SUJETO, OBJETO Y CAUSA

Habitualmente las partes del contrato son: a) el *agente*, que es quien asume la obligación de promover negocios y ampliar mercados; y b) el *proponente, preponente, fabricante, productor, agenciado o empresario*, que es el sujeto que produce las cosas o brinda los servicios que el agente promueve.

En sus orígenes se entendió que el agente sólo se dedicaba a promover contratos de compraventa, pero actualmente hay consenso en que puede promover toda clase de contratos.

El objeto de la agencia consiste en que una de las partes intermedia de manera estable y autónoma, promoviendo o concluyendo contratos en interés de la otra, percibiendo por ello una retribución; la función económica del contrato consiste en crear clientela, aumentar la existente o, por lo menos mantenerla.

Este contrato tiene la particularidad de que el agente se constituye en un intermediario, que actúa en nombre y por cuenta ajena, sin obligarse frente a terceros.

HOCSEMAN indica que la actividad de promoción del agente puede ser ejecutada en relación con cosas muebles o con servicios.

LOUSTAUNAU resalta que, cuando el objeto de la agencia consiste en cosas, el agente no adquiere el derecho de propiedad sobre esos bienes, puesto que sólo promueve negocios para el preponente, con representación o sin ella pero nunca actúa en interés propio.

Desde la óptica del causalismo objetivo puede ubicarse a la agencia dentro de los contratos con finalidad distributiva, lo que importa la existencia de una relación jurídica, duradera, de colaboración.

La finalidad del contrato de agencia consiste en generar nuevos mercados, clientes y negocios a favor del productor sin que éste incurra en el riesgo ni en los costos que implica crear y mantener una organización propia de ventas y comercialización mediante empleados, dependientes, sucursales, filiales o por intermedio de viajantes de comercio.

MARZORATI agrega que, en los negocios internacionales, los empresarios suelen ser reacios a establecer sucursales en países extranjeros; por lo tanto, prefieren recurrir a otras figuras comerciales que no impliquen importantes compromisos patrimoniales. El autor mencionado resalta que, mediante el contrato en examen, el agenciado minimiza sus riesgos y conserva la posibilidad de abandonar el mercado en cuestión sin sufrir mayores pérdidas.

7. LAS NOTAS DISTINTIVAS DEL CONTRATO DE AGENCIA SON LAS SIGUIENTES

- a) El agente es un intermediario independiente y autónomo, que actúa siempre en interés del preponente.
- b) El agente se compromete a arbitrar los medios tendientes para obtener clientela que adquiera los bienes o servicios que comercializa o brinda el preponente (*LL Online* [AR/JUR/1537/2008](#)).
- c) El agente es un promotor de negocios, un intermediario: nunca se vincula contractualmente con estos clientes.
- d) El agente siempre actúa por cuenta ajena, en interés del agenciado.
- e) El agente puede concluir las transacciones que concierne con terceros, representando al empresario: para ello, debe contar con el correspondiente poder de representación. En este supuesto, el agente actuará, además, a nombre del agenciado. La representación no es un elemento estructural del contrato en examen: el agente puede obrar a nombre propio para que luego el empresario concluya el negocio en forma directa.

f) Para el logro de su cometido, el agente debe tener una estructura empresarial propia y adecuada para la actividad de gestión de negocios que se propone.

g) Como contraprestación, el preponente abona al agente una suma pactada, que suele determinarse en relación con el valor de los negocios conseguidos por éste.

h) Esta figura contractual engendra entre las partes una relación comercial estable, es decir, destinada a permanecer en el tiempo.

8. EFECTOS ENTRE LAS PARTES

8.1. Obligaciones del agente

a) *Velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades*: instituye el deber de fidelidad y lealtad, en tanto el agente deberá velar por los intereses del empresario, actuando de buena fe en el ejercicio de sus actividades. JUNYENT BAS Y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN señalan que el agente siempre debe actuar en interés del preponente, dando preeminencia a sus intereses personales y tratando siempre de obtener beneficios a favor del empresario.

b) *Ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron*: el agente debe manejarse como un buen hombre de negocios. Existe una colaboración permanente por parte del agente a fin de obtener la finalidad propuesta al celebrar el contrato.

c) *Cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a éste toda la información de la que disponga relativa a su gestión*: el agente tiene la obligación de actuar de conformidad a las instrucciones impartidas por el comitente. También deberá transmitir toda la información de la que disponga relativa a su gestión. El deber de información es fundamental, en tanto deberá comunicar el estado de las negociaciones a fin de que el empresario le imparta las instrucciones debidas, con las modificaciones que crea necesarias. En caso que el agente no cumpla las instrucciones impartidas podrá responder por daños y perjuicios ocasionados con su actuación.

d) *Informar al empresario, sin retraso de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones*: el agente deberá suministrar toda la información al empresario que sea necesaria y que pueda interesar (relativo a la solvencia de los terceros) para la conclusión del negocio.

e) *Recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato*: FARINA, sostiene que las reclamaciones que el tercero formula al agente de comercio, relativas al incumplimiento contractual o ejecución defectuosa, son oponibles al preponente, pues la función natural del agente es recibir y transmitir a aquel toda la información necesaria y relativa a la concreción de los negocios. Para los terceros el agente es el medio idóneo para relacionarse con el comitente y por ello no puede decirse que debe limitar su actuación al simple hecho de elevar la propuesta de contrato. En este sentido, el Código faculta a la gente a recibir en nombre del empresario los reclamos de terceros sobre los defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados, constituyendo de esta manera la excepción a la regla de lo dispuesto en el art. 1485 del CCC, actuando el agente solo a estos fines, como representante del comitente.

f) *Asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativas a cada empresario por cuya cuenta actúe:* el agente tendrá la obligación de llevar la contabilidad de cada uno de los empresarios en forma independiente, ya que deberá rendir cuenta en forma detallada y justificada de las operaciones realizadas.

8.2. Obligaciones del empresario principal o comitente; pago de la comisión, formas. Incumplimiento

a) *Actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad:* el empresario debe actuar de buena fe en el desarrollo del contrato de agencia, brindando colaboración y directivas que sean necesarias para encarar el negocio encomendado de manera tal que el agente pueda llevar a cabo una buena actuación y promueva una gran cantidad de negocios a su favor. Para ello, es necesario que el preponente envíe las instrucciones en tiempo oportuno a fin de que el agente actúe en función de ellas. Es necesario que actúe de buena fe, sin ejecutar ningún acto que pueda lesionar los derechos que le asisten al agente.

b) *Poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarias para el desarrollo de las actividades de agente.*

c) *Pagar la remuneración pactada:* el contrato de agencia tiene carácter oneroso, razón por la cual el empresario deberá abonar una retribución a favor del agente por las tareas cumplidas. La regulación prevista en el art. 1486 del CCC es subsidiaria, es decir, se aplicará en el caso que no exista un pacto expreso, primando de esta manera la remuneración que haya sido estipulada por las partes al celebrar el contrato de agencia. La remuneración consistirá en una comisión que será variable en atención al trabajo realizado por el agente. De esta manera, el cobro de la comisión depende de la propia actividad del agente, lo que de manera indirecta motiva la promoción de negocios a favor del empresario ya que la remuneración representa el interés económico del agente. De acuerdo a lo regulado en el art. 1487 del CCC, la remuneración será acorde a las operaciones que se hubieran concluido con la intervención del agente. Cabe destacar que, el agente sólo tendrá derecho a cobrar la comisión en la medida que el empresario haya cobrado el precio por el contrato celebrado. Dicho artículo estipula ciertas situaciones particulares, en las cuales existe el derecho a cobrar: a) si el contrato de agencia se encontraba vigente cuando la operatoria se concretó, le asiste derecho al cobro de una remuneración por más que el negocio se lleve a cabo después de que el contrato de agencia hubiera vencido; 2) cuando el empresario celebre contratos con clientes que hayan sido propuestos por el agente, aun cuando hayan sido por otros negocios anteriores y; 3) en el caso que se haya pactado expresamente la exclusividad en una zona determinada o en relación a un grupo de personas, tal exclusividad debe respetarse, gozando el agente de derecho a una comisión por todos los contratos celebrados por el empresario, aunque el agente no los haya promovido. Para el cobro de la comisión, es necesario que: el contrato celebrado haya llegado a buen fin y que el empresario haya cobrado por las negociaciones realizadas. El art. 1488 del CCC estipula que deberá liquidarse dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir del momento en que el empresario recibió dicho pago, ya sea éste parcial o total. Así, el devengamiento de la comisión surge con la conclusión del contrato con el tercero, y no queda subordinada a la ejecución de la convención por las partes salvo que se haya estipulado en forma expresa (conf. art. 1489 del CCC).

d) *Comunicar al agente dentro del plazo de uso o en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida:* el comitente tiene la obligación de informar la aceptación o, en su caso el rechazo de la propuesta transmitida, dentro del plazo de uso o en su defecto, de un plazo de quince (15) días hábiles desde el conocimiento de la propuesta o recepción de la orden. En el caso que no se cumpla con el deber de comunicar al agente la aceptación o rechazo a la propuesta dentro del plazo estipulado, se presumirá que la propuesta fue aceptada, a los únicos fines de generar a favor del agente un derecho a cobrar la comisión.

e) *Comunicar al agente dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto:* el empresario tiene la obligación de comunicar al agente la ejecución o no del negocio dentro del plazo de uso o, en su caso dentro del plazo de quince (15) días hábiles de haber tenido conocimiento de la propuesta o recepción de la orden.

9. DERECHOS DE LAS PARTES

9.1. Del agente

El agente goza de las siguientes facultades contractuales: a) percibir la contraprestación acordada por las operaciones obtenidas o concluidas; b) que no se realicen operaciones dentro de su zona de exclusividad; c) que se le remitan, en forma fluida, la información, los elementos, materiales y productos necesarios para el correcto cumplimiento de la promoción y gestión encomendadas por el proponente.

9.2. Del preponente

El productor cuenta con las siguientes facultades: a) que sus productos o servicios sean promocionados por el agente en las condiciones convenidas; b) hacer respetar la exclusividad del producto o del servicio, cuando se hubiera establecido contractualmente; c) que el agente restrinja su actividad a la zona acordada, cuando eso se hubiera estipulado; d) obtener del agente la información necesaria, respecto del negocio promovido; e) controlar el desempeño del agente; y f) que no se divulgue la información suministrada al agente con ocasión del contrato.

10. LA EXCLUSIVIDAD

Es un elemento típico del contrato de agencia. Consiste en una limitación de la libertad de las partes: el empresario principal no puede utilizar otros agentes en la misma zona y actividad y, como contrapartida, el agente no puede asumir encargos de otras empresas competidoras tratándose de la misma zona y por el mismo ramo de los negocios. Esta obligación de no competencia puede continuar en el período poscontractual, por un lapso limitado.

La cláusula de exclusividad puede ser estipulada o no y ser unilateral o bilateral. Es necesaria que sea expresamente pactada en el contrato.

El art. 1480 del CCC regula la exclusividad como un derecho que le asiste al agente de actuar en forma única dentro de un área geográfica determinada, en la cual sólo el agente podrá promover los negocios del empresario. Dicha cláusula requiere un ámbito espacial y temporal porque su vigencia se extiende al plazo de duración convenida.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso indicar que conforme lo normado en el art. 1181 del CCC, si bien existe un derecho - deber de exclusividad por parte del agente, ello no implica que, éste pueda celebrar contratos de agencia y prestar sus servicios a favor de otros empresarios distintos, siempre y cuando se trate

de preponentes que desarrollen actividades en otros ramos de negocios, es decir que no sea competencia con su empresario. Esta limitación deriva del deber de fidelidad y de actuar con buena fe.

Sin embargo, esta limitación cede en caso que exista una autorización expresa por parte del empresario.

11. EFECTOS FRENTE A LOS TERCEROS

La regla es que el agente obra por cuenta de quien le encarga, concluyendo los actos y operaciones de comercio en nombre del principal, lo que hace que no se vincule contractualmente con los clientes, siendo un tercero ajeno a su vínculo. Los clientes tienen acción contra el promotor, quien es el que resulta obligado. Excepcionalmente, cuando actúa con su propio nombre, queda personalmente obligado.

Es decir, en cuanto a la responsabilidad del agente frente a terceros: en primer lugar debemos señalar que el agente no es parte en los contratos cuya celebración procura, ni siquiera cuando cuenta con la facultad de representar al preponente, pues en esos casos concluirá las operaciones en nombre de éste y no en el propio.

En consecuencia, el agente no será responsable en principio, por los perjuicios que puedan resultar para los terceros cocontratantes del incumplimiento del contrato por parte del preponente, sin embargo se ha optado por proteger al consumidor mediante el [artículo 40](#) de la [ley 24.240](#) donde se lo incluye como responsable.

La apariencia jurídica de mandato creado, puede dar fundamento suficiente para que el tercero reclame contra el principal por actos del agente no cubiertos por la representación. Para que esta apariencia jurídica pueda ser alegada, se requiere que se evidencie por una serie de actos, generalmente continuados, que razonablemente induzcan a pensar que existe representación; por ejemplo cuando se efectúan pagos al agente autorizado a celebrar el contrato (vgr., en el contrato de seguro).

12. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO ENTRE AGENTE Y PRODUCTOR

Si el agente incumpliera con su obligación de promover los productos o servicios convenidos o desnaturaliza la finalidad del contrato, el preponente podrá resolver el acuerdo ejerciendo el pacto comisorio tácito. El agenciado también podrá exigir el cumplimiento de las prestaciones convenidas, aunque este derecho es de alcance limitado, puesto que el agente se encuentra obligado a una prestación de hacer. Ante la negativa del agente a cumplir con su obligación, la cuestión deberá resolverse en daños y perjuicios.

Si el preponente incumpliera el deber de abonar al agente las comisiones acordadas en el tiempo pactado, éste podrá suspender el cumplimiento de las prestaciones a su cargo o resolver el contrato por incumplimiento de la contraparte.

Cuando las partes hubieran estipulado un pacto de exclusividad, el beneficiario de ese acuerdo podrá reclamar los daños causados por el incumplimiento de su cocontratante. A su vez, cuando la inobservancia revistiera gravedad suficiente, la parte cumplidora podrá resolver el contrato.

13. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE RESPECTO DE LOS TERCEROS CONTRATANTES DE LOS BIENES O SERVICIOS PROMOVIDOS

El art. 1485 del CCC establece que la regla general es que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los cuales actúa. Es decir es un intermediario independiente que no asume los riesgos de las operaciones ni representa al preponente. Existe una excepción que se encuentra prevista en el art. 1483, inc. e), es decir, el agente no representará al empresario excepto para recibir las reclamaciones de los terceros sobre los defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o los servicios prestados, como consecuencia de las operaciones comerciales realizadas.

Para determinar la responsabilidad del agente por su actuación como tal, se debe distinguir según se trate de agencia con representación o sin ella.

En el primer caso, el agente sólo comprometerá su responsabilidad frente a los terceros adquirentes de los bienes o servicios cuando actuara en exceso de las facultades otorgadas. Si el agente incumpliera las condiciones contractuales, pero actuara dentro de los límites del poder de representación conferido por el preponente, éste resultará exclusivo responsable frente a los terceros por la actuación de agente. El agenciado podrá ejercer la acción de regreso contra el agente por incumplimiento de las condiciones de gestión y promoción acordadas contractualmente. Esto ocurriría, por ejemplo cuando el agente vendiera los productos a un precio inferior al indicado por el agenciado. En este supuesto, el preponente deberá cumplir con el contrato concluido por el agente, aunque podrá reclamar a este último los daños ocasionados por su representación deficiente.

Cabe advertir que, para que el agente actúe con representación debe estar investido de un poder especial.

En el contrato de agencia sin representación, el agente actúa como un simple mediador, siendo un tercero ajeno a la vinculación jurídica entre el empresario y el cliente.

14. PLAZO

El contrato de agencia tiene como característica el ser un vínculo de duración que le otorga estabilidad a la relación con el principal.

JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN señalan que el contrato de agencia permite al comitente la dispersión de los riesgos de la distribución y de los costos que ella representa, generando una enorme ventaja respecto de la contratación laboral. Así, el principio general sea cuando no se pactó plazo de duración, el contrato es por tiempo indeterminado.

En este sentido y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1491 del CCC, la regla general es que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado salvo que exista pacto en contrario.

Cabe señalar que, para aquellos casos que se celebre por tiempo determinado y haya vencido el plazo de duración dispuesto en el contrato, si el agente continúa con el ejercicio de su función, el contrato que en un principio se celebró por tiempo determinado se transforma en un contrato por tiempo indeterminado.

En los contratos de agencia por tiempo indeterminado, si bien cualquiera de las partes puede poner fin a la relación, necesariamente deberá realizar a favor de la otra un preaviso de su intención de concluir el contrato (conf. art. 1492 del CCC).

El preaviso deberá ser dado con suficiente anticipación, dependiendo ésta de la antigüedad de la relación (a mayor antigüedad del contrato, se requerirá mayor plazo de preaviso). El art. 1492 del CCC establece que el plazo será de un mes por cada año de vigencia del contrato de agencia.

Asimismo, existe la posibilidad de que las partes de común acuerdo establezcan plazos superiores a fin de lograr el reacomodamiento de la operatoria comercial afectada.

La omisión en el preaviso, otorga a la otra parte el derecho a la indemnización por ganancias dejadas de percibir es ese período.

Conforme señalan JUNYENT BAS Y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, los rubros que integran la indemnización están conformados por el importe de las comisiones de las que el agente se vio privado, teniendo derecho también al lucro cesante durante el tiempo en el que el fabricante dejó de remitirle las mercaderías, y a que se le pague la comisión por las ventas efectuadas. También deberá indemnizar los gastos realizados en beneficio del principal y fundamentalmente un derecho a la compensación por clientela (conf. art. 1493 del CCC).

15. EXTINCIÓN. RESOLUCIÓN

El contrato de agencia puede resolverse por las siguientes causas: a) por muerte o incapacidad de agente, b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato que no deriva de fusión o escisión, c) quiebra firme de cualquiera de las partes, d) el cumplimiento del plazo estipulado, e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas y, f) disminución significativa del volumen de negocios del agente (art. 1494 del CCC).

En el mismo sentido que lo señalan JUNYENT BAS Y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, cabe destacar que en cada una de las causales nace el derecho de una de las partes de pedir la resolución del contrato y consecuentemente, ésta puede dejarse sin efecto a través de un nuevo convenio que supere las contingencias aludidas en la norma.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad al cancelarse la concesión sin una causa que lo justificara, considerando tal medida como arbitraria y abusiva del derecho. La Corte Suprema de Justicia modificó dicha doctrina en el caso "*Automotores Saavedra SACIF c. Fiat Argentina S.A.*" (CSJN, 4/8/1988, La Ley, 1989-B, 4). El decisorio en cuestión revocó el pronunciamiento de segunda instancia y sentó algunos postulados: ratificó la validez del pacto rescisorio para ser ejecutado en cualquier tiempo y sin expresión de causa, si así se ha convenido. Sostiene una aplicación restrictiva de la teoría del abuso del derecho. Reafirmó la regla de la buena fe en la interpretación de los contratos, no debe conducir a pensar en la duración indefinida de las convenciones, máxime cuando como en el caso de autos, el concesionario tuvo la oportunidad de amortizar su inversión (Automotores Saavedra había sido concesionario de Fiat durante diez años).

Por otro parte, el art. 1495 del CCC regula la manera en que opera la resolución. En este sentido, establece que en los casos de muerte o incapacidad del agente, disolución de la persona jurídica, quiebra de cualquiera de las partes y vencimiento del plazo, la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1492 del CCC para el supuesto de plazo indeterminado.

En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de las partes podrá resolver el contrato siempre y cuando éste sea grave y/o reiterado.

Por último, en la causal relativa a la disminución de las ventas la norma exige el preaviso de dos (2) meses, oportunidad en que el titular de la agencia podrá hacer valer sus derechos sobre los motivos que justifican la caída en la distribución del producto.

Otra causal de resolución del contrato de agencia la encontramos regulada en el art. 1496 del CCC, refiere a los casos de fusión o escisión de la sociedad que celebró el contrato y ello cause un detrimento sustancial en la posición del agente. Es decir, se trata de una situación especial que necesariamente debe ser acreditada

por parte del agente en cuanto a la fusión o escisión haya afectado la calidad del producto, su nivel de entrega o eventualmente la zona de exclusividad otorgada oportunamente.

16. COMPENSACIÓN POR CLIENTELA

El Código otorga un derecho a una compensación a favor del agente en aquellos supuestos en los cuales el empresario se sigue beneficiando una vez concluido el contrato de agencia, por la actividad que hubiere desarrollado el agente durante su vigencia. Ya sea que se trate de un contrato por plazo determinado o indeterminado, el agente gozará de este derecho e incluso en caso de muerte, se transmitirá a sus herederos.

La compensación se fija discrecionalmente por las partes, sin embargo a falta de acuerdo, deberá fijarse judicialmente.

El art. 1497 del CCC que regula la compensación por clientela establece un límite máximo en la indemnización, el cual será fijado en un año de remuneraciones. Se calcula promediando el valor de las remuneraciones recibidas por el agente durante los últimos cinco (5) años o durante el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

Es preciso señalar que, en caso de ruptura del contrato, el agente tendrá derecho no sólo a la compensación por clientela sino también a los daños y perjuicios que se hubiesen derivado en caso de existir culpa del empresario.

16.1. Excepciones a la compensación por clientela

El art. 1498 regula dos situaciones en las cuales no hay derecho a compensación a favor del agente:

a) *Conclusión del contrato por incumplimiento del agente*: si quien no cumple con sus obligaciones es el agente, el empresario tendrá derecho para poner fin al contrato de agencia y en este caso el agente pierde el derecho a la compensación por clientela.

b) *Conclusión del contrato a voluntad del agente*: si es el agente quien decide poner fin al contrato con su preponente, no puede alegar derecho alguno respecto a las ventajas económicas que benefician al empresario. Sin embargo, se advierte una excepción a la excepción, en tanto se admite la compensación por clientela aun cuando la terminación del contrato la haya efectuado el agente siempre que tal decisión se encuentre debidamente justificada, ya sea por existir un incumplimiento por parte del empresario o porque la edad, invalidez o enfermedad del agente no le permiten continuar con sus actividades.

17. CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA

Las partes de común acuerdo y en el marco del ejercicio de su autonomía de la voluntad pueden pactar cláusulas en las cuales se impida al agente para después de finalizado el contrato, prestar servicios a otros en competencia en el ramo del negocio del empresario para el cual trabajaba.

Esta cláusula se encuentra limitada ya que será válida en tanto no exceda de un (1) año y se aplique a un territorio o grupo de personas que resulte razonable (art. 1499 del CCC).

18. SUBAGENCIA

En el contrato de agencia no es procedente la subcontratación salvo que exista consentimiento expreso del empresario (art. 1500 del CCC).

En el supuesto caso que el agente contratase a un subagente, siempre y cuando exista consentimiento del preponente, la subagencia sólo genera un vínculo directo entre el agente y el subagente, siendo el empresario un tercero ajeno a dicha relación.

En virtud de ello, el agente será quien responda en forma solidaria con el subagente quedando el preponente excluido de todo tipo de responsabilidades.

Están excluidos de la aplicación de esta normativa los siguientes agentes: 1) los agentes de bolsa o de mercado de valores, 2) agentes de futuro y opciones o derivados, 3) agentes financieros o cambiarios, 4) agentes marítimos o aeronáuticos, 5) demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen.

CAPÍTULO XXXII - CONCESIÓN. CON LA COLABORACIÓN DE CAROLINA A. SALTO

1. CONCEPTO

El Código Civil y Comercial regula en el art. 1502 este contrato y lo define como "Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido".

LLOBERA, define el contrato de concesión comercial como "aquel por el cual una de las partes, transfiere a la otra, en forma total o parcial, el derecho de vender por cuenta y a nombre propio los bienes que a su vez le proveerá, utilizando su marca; a cambio de ello, la otra se obliga a afectar su infraestructura empresarial a la comercialización de los productos de aquélla y a prestar los servicios de posventa, todo ello por medio de una vinculación duradera y dentro de un esquema de colaboración".

La ampliación de los mercados conjuntamente con las facilidades en la navegación (aérea, marítima, fluvial y terrestre) generaron la necesidad de fragmentar la cadena de producción, circulación, distribución y comercialización de los bienes y servicios lo que dio lugar a la tercerización de roles y funciones.

La racionalización empresarial, especialmente en determinados ramos de la actividad, requirió una delegación de funciones en comerciantes independientes pero sujetos a una estrategia común. A partir de allí, el productor se desentiende personalmente de la venta al público, concentrándose en el proceso estrictamente productivo, con una mayor rentabilidad. A su vez, el concesionario se inserta en el mercado al amparo de una marca o producto conocido, lo que limita su riesgo comercial.

La aplicación del contrato de concesión se verifica principalmente en bienes o mercaderías de alto costo y tecnología, aun cuando pueda extenderse el concepto a determinados servicios, como, por ejemplo, los bares

o restaurantes dentro de un establecimiento mayor. Pero es justo remarcar que la verdadera explicación del seguimiento de la figura se relaciona con la industria automotriz.

La doctrina argentina ha tratado extensa y profundamente este contrato y se ha propuesto su regulación. La concesión es uno de los modos de distribución más profundos, a pesar de que en los últimos años su papel se ha reducido constantemente ante el surgimiento de la franquicia. Actualmente su rol es importante en el sector automotor, de estaciones de servicios para la venta de nafta y en el área de las denominadas concesiones privadas, que involucran a entidades sin fines de lucro, como clubes, asociaciones.

Los elementos tipificantes son:

- Es una especie dentro de los contratos con finalidad distributiva.
- Se realiza a través de grupos de contratos conexos vinculados en un sistema de distribución.
- Hay una desigualdad negocial entre el concedente y el concesionario que se revela en la celebración del contrato por adhesión a cláusulas generales, en las que se estipulan normas generales para todos los concesionarios.
- Es un vínculo de larga duración.
- La entrega de bienes por parte del concedente puede hacerse con transferencia del dominio o sin ella.
- Se otorga al concesionario un monopolio de reventa que se concreta en una zona de exclusividad.
- No hay vínculo representativo entre el concesionario y el concedente, actuando el primero en nombre propio. Se autoriza al concesionario el uso de la marca del concedente.
- No hay relación laboral, ya que el concesionario es un comerciante autónomo que obra a su propio riesgo.
- En la concesión existe un control por parte del concedente, habiéndose señalado jurisprudencialmente que, si a la subordinación técnica y económica del contrato de concesión comercial se le suma el reconocimiento del uso gratuito de la marca, la implementación de planes de capacitación para el personal del concesionario por parte del concedente, la delimitación del nombramiento en un territorio determinado, se está ante un contrato normativo de coordinación que supera el marco del contrato de compraventa. El control que ejerce el concesionario tiene por finalidad el mantenimiento de la red: se establecen pautas para prever que se mantengan stocks, o de servicios a dar a los consumidores o referentes al uso de los signos distintivos. Asimismo, se pueden definir políticas arancelarias, financieras, tributarias comunes, para disminuir costo de la red. Ahora bien, si el poder de dirección se usa para una finalidad desviada, por ejemplo, para trasladar costos o riesgos a los concesionarios, estaremos frente a un supuesto de uso abusivo.

2. LA FORMULACIÓN Y DESARROLLO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

El concedente diseña una política empresarial que se plasma en las condiciones generales de contratación, uniformes para todos los concesionarios que integran la red. Son acuerdos tipo, frente a los cuales solamente cabe adherirse al esquema contractual fijado por quien goza de un mayor poder. Se trata de verdaderos contratos por adhesión, a pesar de la autorización de algunos autores (VIDELA ESCALADA, GASTALDI). Además se establecen condiciones particulares, donde se regulan las cuestiones atinentes a cada concesionario en particular, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar, entre otros factores.

Las condiciones generales volcadas en el reglamento contienen así una cantidad de especificaciones que ponen de manifiesto el poder de dirección que esgrime el concedente, en función del control de la actividad: afectación de capitales mínimos, fijación de precios y descuentos, acumulación de *stock*, utilización de emblemas o símbolos del concedente, cupo mínimo de ventas, instrucciones y capacitación del personal, prestación de servicios de posventa, régimen de la publicidad del producto o del concesionario, imposición de sistemas contables, control de ingresos, auditorías, etc.

Finalmente, y como extrema manifestación del predominio en la relación jurídica, el concedente se reserva la facultad de modificar las condiciones del reglamento, cuando así lo requiera el interés de la explotación.

De acuerdo con la índole de esta categoría de contratos, basados en la integración, las notas de estabilidad o continuidad temporal son vitales para el desarrollo del negocio. De la realidad contractual surgen dos modalidades respecto de la duración de tales convenciones:

Es habitual que se pacte una duración mínima con la posibilidad de una prórroga al cabo de este término. Esta modalidad —cuando el plazo es muy breve y ante la falta de renovación— genera incertidumbre en el concesionario, ya que corre el riesgo de no poder cubrir el volumen de sus inversiones de instalación e infraestructura que solo le son de utilidad en ese ramo de actividad. Asimismo, se puede estipular una duración larga, en cuyo caso el concedente se guarda la facultad de rescindir el convenio en cualquier momento en desmedro de la posición jurídica de su contraparte.

La otra modalidad es de plazo indeterminado o indefinido. Consiste en pactar desde el inicio una relación sin plazo, lo cual es acompañado generalmente con el derecho de rescisión unilateral a favor de ambas partes, con un preaviso en términos convenidos. Esta cláusula es la que se ha suscitado la mayor parte de los planteos judiciales, cuando el concedente decide poner fin a la relación poco tiempo de comenzado ésta, sin necesidad de alegar una causa justificante.

3. CARACTERÍSTICAS

En primer lugar caracterizamos al contrato de concesión: según el cual un comerciante o empresario (concedente) otorga a otro comerciante (concesionario) el derecho a la compra de sus productos para su posterior reventa a nombre y por cuenta propia de este último, que pone su empresa a disposición de aquél en forma exclusiva (o no necesariamente) y sujeto a un conjunto de normas que establece el concedente por medio de un reglamento. La amplitud de la noción ensayada exige precisar los elementos esenciales del negocio.

De esta descripción conceptual podemos extraer las siguientes características:

1) *Bilateral*: dado que al momento de su celebración genera prestaciones recíprocas. El contrato de concesión genera obligaciones de dar, hacer y no hacer a cargo de las partes contratantes.

2) *Oneroso*: Puesto que las ventajas que obtiene cada parte tienen su razón de ser en sacrificios que, de manera directa o indirecta, benefician a su cocontratante. En este sentido, el concedente: a) obtiene el beneficio de incrementar sus ventas, sin incurrir en inversiones y trasladando el riesgo comercial hacia otra empresa independiente; y, b) consigue un provecho adicional, derivado de contar en diversos mercados con un sistema de mercantilización medianamente uniforme, que permite una cierta identificación de la marca a nivel regional. El concesionario, por su parte: a) recibe el lucro económico derivado de la actividad comercial, b) obtiene las ventajas de comercializar productos que ya cuentan con cierto prestigio y c) recibe, además la cooperación e instrucción del concedente, para el mejor desempeño de su actividad comercial anterior y posterior a las ventas.

3) *Consensual*: puesto que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes.

4) *Conmutativo*: las prestaciones obligacionales asumidas por los contratantes y los derechos que le competen son conocidos por éstos desde el momento mismo de la celebración del contrato, es decir, no dependen de un acontecimiento externo, futuro e incierto.

5) *De tracto sucesivo o de ejecución continuada*: el contrato de concesión origina entre las partes una relación estable y fluida, mediante el desarrollo de una actividad conducente al cumplimiento de un objetivo común. LLOBERA indica que la ejecución continuada resulta imprescindible para el cumplimiento de la finalidad contractual. Se trata de contratos que implican una importante inversión inicial por parte del concesionario y requieren del desarrollo de la actividad durante un lapso prolongado, que permita al inversor, la percepción de utilidades netas.

6) *Intuitu personae*: las cualidades de las partes resultan recíprocamente determinantes para la celebración del contrato. El concedente confía la tarea de comercializar su manufactura, que poseen una marca y un prestigio en el mercado, a una organización empresaria que ostente las condiciones necesarias que posibiliten el cumplimiento de la finalidad contractual. El mal desempeño del concesionario acarreará perjuicios para el buen crédito de los productos comercializados, generando un impacto negativo en el patrimonio, la credibilidad, el prestigio, etc., del concedente. HOCSEMAN afirma que, "toda la excelencia de un producto y el prestigio que lo acompaña se pueden ver sensiblemente afectados si quien los presenta en el mercado, atiende a las transacciones y cuida los servicios de mantenimiento, no acompaña esa filosofía de excelencia en la realización del producto".

El concesionario, por otra parte, realiza una importante inversión económica inicial en bienes, personal, instalaciones, etc., confiando en el prestigio y calidad de las mercancías y en el asesoramiento e instrucción que recibirá del concedente, conocedor del mercado y de la actividad desarrollada.

7) *De empresa*: se trata de un contrato esencialmente comercial. La finalidad de esa figura consiste en el ejercicio de actos de comercio: la intermediación en la comercialización y distribución de bienes. HOCSEMAN resalta que este contrato sólo puede concebirse en el ámbito empresarial: vinculando organizaciones complejas orientadas a la producción y comercialización de bienes y productos.

8) *De cooperación o de colaboración*: las partes combinan sus habilidades, esfuerzos, inversiones y conocimiento con la finalidad de alcanzar el objetivo común, de procurar la llegada del producto a los potenciales clientes en la forma convenida. Los contratantes asumen funciones contractuales que se integran o complementan. La cooperación entre las partes constituye una característica esencial de este contrato.

9) *Integrar un sistema de contratos conexos o red contractual*: HOCSEMAN explica que el concesionario se incorpora "en forma de concentración vertical" a una organización contractual creada por el concedente, integrada, además, por otros concesionarios. Todos ellos conforman un grupo con objetivos comunes, sujeto a políticas globales impuestas por el concedente. Los contratos que el concedente celebra con diferentes concesionarios constituyen acuerdos independientes, aunque integran un sistema de contratos conectados entre sí porque persiguen una finalidad común.

10) *Contrato marco*: FARINA observa que "el contrato de concesión no se agota con el simple intercambio de prestaciones". BARBIERI explica que se trata de contratos detallados que reglan el desarrollo de las diferentes actividades comerciales del concesionario. La doctrina suele designar esta clase contractual como *contrato normativo o contrato reglamentario*. Son acuerdos normativos que regulan una relación comercial estable y designada a prolongarse en el tiempo.

La jurisprudencia ha interpretado que "la relación entre los concesionarios y el concedente se efectúa a tenor de un contrato marco que es idéntico para todos los miembros de la red. Trátese de un típico contrato interempresarial de colaboración que participa de las generalidades del de distribución los concesionarios cumplen así una función de intermediación entre el fabricante y el consumidor final" (*elDial* AA45ED).

4. CONCESIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

En el derecho público existe la concesión de obra o de servicio público, que debe ser cuidadosamente distinguida del contrato de concesión que tratamos:

La concesión ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito estatal. Existe bajo la forma de "autorizaciones" del estado para realizar una determinada actividad como ocurre con el transporte automotor de pasajeros o la recolección de residuos. En estos casos denominados "concesiones puras", el concesionario hace un aporte de gerenciamiento, y de conocimiento específico (*know how*) que son útiles al Estado y es autorizado a percibir una tarifa que representa el costo de servicio que presta. Otra modalidad de concesión pública es aquella en que el concesionario debe hacer inversiones de modo que coexiste la prestación del servicio con la realización de obras públicas. En estos supuestos, el concesionario necesita de seguridad, representada por un plazo del contrato representativo del plazo de amortización de la inversión. El concesionario percibe una tarifa representativa del servicio y de la recuperación de la inversión.

Por el contrario, en la concesión privada, se autoriza a una persona física o jurídica a explotar un servicio a favor de terceros, obligándose al prestador, es decir al concesionario a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, bajo el control del concedente, por tiempo limitado, con el derecho a cobrar una comisión.

En la concesión privada, el concesionario obtiene su remuneración que proviene del éxito de su gestión entre los usuarios y de la calidad de los servicios que éste brinda.

Ambas modalidades se distinguen de la concesión comercial en base a los siguientes elementos:

- En la concesión pública interviene ineludiblemente el Estado, lo que sitúa la relación jurídica en el ámbito del derecho público, como contrato administrativo (MARZORATI). No hay una finalidad distributiva de bienes y servicios, sino la delegación de la ejecución de los servicios y obras. La concesión comercial es un contrato de derecho privado, en el que no hay imperio estatal, y en el que prevalece la finalidad distributiva. Es muy diferente el propósito que persiguen: en la actividad privada es el intercambio, la venta de bienes, de modo que el concesionario recibe una autorización para la reventa. En el ámbito público el propósito es la realización de obras o la prestación de servicios. Esta diferencia también incide en el precio, puesto que, al realizar compraventas, el concesionario privado obtiene un lucro derivado de la diferencia entre lo que compra el concedente y lo que vende al consumidor. En el ámbito público hay una tarifa que representa el costo de un servicio y una amortización, pero nunca una diferencia en la reventa.
- En ambos casos hay un control por parte del concedente sobre la conducta del concesionario, pero el fundamento es distinto. En el ámbito público, el Estado permanece siendo el titular de un servicio de obra cuya ejecución delega, y tanto los bienes como el interés público implicado permanece bajo su cuidado. En la concesión privada, en cambio, hay un control de menor intensidad porque no hay imperio, y está basado en la necesidad de mantener la unidad en la venta y el cuidado de la marca cuyo uso se permite al concesionario. En el ámbito público el control es un deber (MARIENHOFF), mientras que en el ámbito privado es una facultad.

5. CONCESIÓN COMERCIAL Y CONCESIÓN EN ENTIDADES SIN FINES DE LUCRO: LA LLAMADA "CONCESIÓN PRIVADA"

Las entidades sin fines de lucro utilizan con frecuencia la concesión: clubes, asociaciones, mutuales, utilizan esta modalidad a fin de delegar la explotación de actividades de limpieza, gastronómicas, bares, y otros servicios a los afiliados.

GASTALDI, trató el contrato de concesión privada, afirmando que es "el contrato por el cual una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete y desea prestar a terceros; obligándose esta otra a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo por tiempo limitado y bajo el control de aquélla".

Mediante las concesiones sin fines de lucro, se delega la explotación de un comedor, de un bar o de una actividad deportiva. En estos supuestos se aplica claramente el distingo indicado en el punto anterior. Es una actividad de delegación gestoria, y el concesionario percibe el precio directamente de los terceros a quienes brinda el servicio, descontado el costo de producirlo.

6. CONCESIÓN CON FINALIDAD DISTRIBUTIVA Y PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

De las observaciones efectuadas con relación a la concesión pública, comercial y las que realizan entidades sin fines de lucro podemos deducir distintos tipos de concesión.

Según el sujeto concedente puede ser:

- Pública: el Estado es el concedente.
- Comercial: es una empresa bajo una forma societaria comercial o un comerciante, y
- Sin finalidad de lucro: es una entidad sin fines de lucro la que actúa como concedente.

Según las finalidades podemos distinguir:

- Con finalidad distributiva: el sujeto concedente produce bienes y otorga a un tercero un derecho de reventa exclusivo. El vínculo base que sustenta la relación jurídica es el suministro en el contexto de un vínculo de colaboración gestoria encaminado a lograr la finalidad distributiva.
- Para la prestación de servicios: en este caso no hay finalidad distributiva ni actos de venta, reventa o suministro. Es el supuesto en el que una actividad otorga en concesión un comedor, un bar, una actividad deportiva. Es habitual que el concesionario se desempeñe en el lugar que provee el concedente (un club, una asociación) y es un vínculo que está en la frontera con la relación laboral y la locación de cosas.
- Para la prestación de servicios y obras: en estos casos tampoco hay finalidad distributiva ni actos de venta. El concedente otorga un privilegio de explotación de determinada área, obligándose el concesionario a prestar un servicio, pero con la obligación de realizar inversiones, o modificaciones o desarrollar un proyecto acordado. En muchos casos, el concedente persigue de esta manera que se haga una obra sin costo alguno, puesto que al finalizar la concesión quedan las mejoras a su favor.

7. DELIMITACIÓN DE LA CONCESIÓN SIN FINALIDAD DISTRIBUTIVA CON EL CONTRATO LABORAL Y LA LOCACIÓN DE COSAS

Este tipo de concesión consiste en servicios, como tales, han sido confundidos con el contrato de trabajo, pero ello no puede ocurrir si se definen con claridad los elementos típicos de aquella: ausencia de subordinación jurídica, técnica y económica, que son propios del vínculo laboral. La concesión es una empresa que asume el concesionario a su propio riesgo.

El control que ejerce el concedente es similar al que existe en el contrato laboral, pero la jurisprudencia lo ha distinguido. En la concesión, el control se refiere a los bienes dados al concesionario y en el precio y la calidad que éste suministra a los terceros. De tal modo, el control se refiere a los bienes y a los clientes. En cambio en el contrato laboral el control que funda la subordinación jurídica es la conducta del trabajador.

Con relación a la locación de cosas (GASTALDI), los elementos distintivos son los siguientes:

- La oferta contractual: generalmente la concesión consiste en un proceso licitatorio, o bien en una adhesión a un pliego de condiciones negociales generales. En ambos casos surgen elementos que exceden en mucho la simple locación de cosas.
- La finalidad de la locación es el uso y goce de una cosa. En la concesión hay habitualmente un uso de bienes inmuebles, muebles, además de la prestación de servicios.
- En la concesión hay un uso de nombre del concedente y en ocasiones de una marca. No ocurre ello en la locación.
- El concedente controla la prestación del concesionario frente a los terceros. Por ejemplo es habitual que se establezcan los precios que va a cobrar el bar, si hay descuentos especiales para los socios del club.

8. COMPARACIÓN CON INSTITUTO DE SIMILARES FUNCIONES

En cuanto al contrato de agencia, el agente no concluye los negocios, solamente vincula el eventual contratante con el preponente, salvo estar investido de representación. Actúa por nombre y a cuenta de otro. El concesionario efectúa la prestación a nombre y por cuenta propia, aun cuando no exista mandato.

El agenciero no tiene concurrencia dentro de su zona de operatividad, cuenta con exclusividad geográfica. El concesionario puede tener o no exclusividad en un ámbito territorial determinado.

La remuneración del agenciero proviene de la comisión pactada con el proponente y que consiste generalmente en un porcentaje del precio de cada artículo que se venda. El beneficio del concesionario resulta de un plus en el precio con que el bien es adquirido por el público.

Con respecto al contrato de suministro, el suministrado no debe ser necesariamente empresario o comerciante. El concesionario debe constar con una organización adecuada de medios técnicos y económicamente para la explotación.

El suministrado puede utilizar o consumir los productos para sí. El concesionario es un intermediario frente al público consumidor.

En el suministro es esencial la determinación exacta de las cantidades a comercializar entre las partes, desde el inicio de la relación. En la concesión no resulta mayormente relevante la cuantía de los bienes que componen las sucesivas entregas.

Con el contrato estimatorio, el *accipiens* no se obliga procurar las ventas. El concesionario se compromete a la colocación de un mínimo bajo apercibimiento de rescisión.

El *accipiens* no se sujeta a instrucciones del *tradens*. El concesionario debe respetar las condiciones de ejecución que imparte el concedente.

Con el contrato de comisión, el comisionista actúa por cuenta ajena aunque a nombre propio. El concesionario opera siempre por cuenta propia. El comitente debe retribuir al comisionista o consignatario un porcentaje del monto de las operaciones realizadas, tal como se pacta usualmente. El concesionario, obtiene una diferencia del precio final.

El comitente debe sufragar los gastos en que hubiera incurrido el comisionista, así como los perjuicios derivados de la gestión. El concedente es ajeno, en principio, a los avatares de las negociaciones del concesionario con los terceros.

Con el contrato de franquicia, resulta una técnica de aplicación económica muy paralela a la concesión, aunque más sofisticada. En cuanto al objeto, la franquicia recae sobre bienes y servicios de los más variados (indumentaria, alimentación, hotelería, etc.), mientras que la concesión se centra principalmente en la venta de bienes, como lo automotores.

La franquicia puede contener en una de sus subespecies, la obligación disciplinaria de fabricación por el franquiciado. Por su parte, el concesionario se limita a revender, nunca a elaborar.

La franquicia no incluye servicios de posventa, salvo supuestos especiales. El concesionario debe prestar tales servicios accesorios, así como los de garantía.

Para acceder a la franquicia, el franquiciado debe efectuar un pago en concepto de regalías al iniciar el negocio y periódicamente. El otorgamiento de la concesión no requiere el desembolso de suma alguna por parte del concesionario como canon, pero sí se obliga a pagar el precio de los productos que le vende el concedente.

En su forma típica, la franquicia importa la cesión del método de producción y comercialización (licencia del *know how*) y el otorgamiento del uso de la marca del franquiciante (licencia de marca). En cambio, en la concesión las pautas de comercialización son menos rígidas y no existe la cesión de licencia por parte del concedente.

9. EXCLUSIVIDAD

Si bien en principio rige lo convenido por las partes, con lo cual lo que prima es la autonomía de las partes, cabe señalar que la exclusividad es un elemento esencial en este tipo de contrato.

El art. 1503 del CCC regula la exclusividad para ambas partes, en tanto no solo el concesionario no podrá actuar o prestar sus servicios dentro de la zona determinada en el contrato, a favor de otros empresarios distintos, sino que tampoco el concedente podrá designar a otros concesionarios o vender en forma directa sus productos en la zona que hubiere sido asignada como exclusiva en el contrato de concesión.

HOCSTMANN, explica que la exclusividad hace referencia al ámbito territorial donde se desarrolla la actividad y también la abstención del concesionario de consagrar su negocio a otros fines diferentes de los que constituyen la materia o el objeto de la concesión. Sin embargo, este autor no comparte el criterio por el cual la ausencia de exclusividad impediría que la concesión comercial se configure por enormes razones de índole prácticas.

El Código unificado, establece que si las partes no se refieren a la exclusividad, ésta será obligatoria para ambas partes. Es decir, la concesión es exclusiva tanto para el concedente como para el concesionario, salvo pacto en contrario.

10. EFECTOS

10.1. Obligaciones del concedente

a) Proveer al concesionario de suministro

El concedente tiene la obligación de autorizar al concesionario a adquirir productos y revenderlos en un área determinada. El concedente otorga una suerte de "privilegio" al concesionario, en virtud del cual le asegura que le venderá productos en forma continua. De manera que encierra un suministro continuo de bienes, de modo tal que, con esa seguridad, el concesionario puede montar un negocio y ofrecer ese producto a los consumidores, en la seguridad que lo recibirá fluidamente.

Esta obligación del suministro del concedente puede transformarse en una obligación de compra del concesionario, pues en numerosos contratos hay una cláusula que obliga al concesionario a adquirir al concedente una cantidad mínima de productos. Para evitar abusos es necesario que se permitan modificaciones unilaterales discrecionales de esta cláusula durante la ejecución del contrato.

La entrega de bienes por parte del concedente puede hacerse con transferencia dominial o sin ella. En el primer caso se produce una doble transferencia: del concedente al concesionario y de éste al cliente, de manera tal que la relación jurídica que encierra la concesión es, en definitiva, una venta con facultad de reventa. En la segunda alternativa, el dominio permanece en poder del concedente, quien lo entrega al concesionario para su venta a los terceros. El concedente no se obliga a transmitir el dominio pero sí a la entrega. El concesionario, por su parte "vende" a los consumidores, actuando a nombre propio, pero por cuenta ajena, de modo que una vez perfeccionado el acuerdo es el concedente quien debe concretar la venta al concesionario, operándose un solo acto de venta.

b) Respetar la zona de exclusividad

Cuando se hubiera entregado al concesionario un territorio de actuación exclusiva, el concedente le garantiza que nadie efectuará operaciones de venta de sus propios productos dentro de esa zona durante la vigencia de la relación contractual.

c) Información técnica y la capacitación del personal para la explotación de la concesión

JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN señalan que este aspecto referido a la información técnica y a la capacitación del personal tiende a dotar a la red de concesionarios de una estructura profesionalizada y experimentada para cubrir los servicios de postventa y las garantías del producto.

Así se advierte el poder de dirección y control sobre la estructura de comercialización montada por los concesionarios, lo cual debería tener como resultado una armónica estrategia de distribución.

d) Provisión de repuestos por parte del concedente

Consiste en la obligación del concedente en suministrar mercaderías y en relación a la dirección técnica para el servicio de postventa

LORENZETTI, enseña como derivación del deber de buena fe, el concedente debe entregar los medios necesarios para que el concesionario cumpla con sus obligaciones.

La obligación de que exista un servicio de apropiado para reparar el bien ante la eventualidad de una ruptura o desperfecto, implica la existencia de los repuestos originales para llevar a cabo el servicio técnico.

e) El uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos

El concedente debe posibilitar que el concesionario utilice el nombre comercial, los logotipos, diseños y marca que identifican en el mercado a los productos comercializados por el concesionario. LLOBERA y ZABALA RODRÍGUEZ contemplan el supuesto de las concesiones designadas como *bimarca* o *multimarca*: aquellas que otorgan al concesionario la facultad de comercializar productos de más de una marca de propiedad del concedente o respecto de las cuales el concedente ha obtenido un derecho. En la concesión no hay licencia de marca pero sí habilitación para usar ésta con todos los productos que incluye el contrato. Si bien el concesionario no tiene ningún derecho marcario, sí puede utilizar la marca o la enseña en conjunción con la venta del producto que el concedente le ha autorizado.

10.2. Obligaciones del concesionario

El concesionario explota el negocio por su cuenta y, como consecuencia de ello soporta los riesgos del mismo tales como las pérdidas, incumplimientos frente a terceros adquirentes del producto, deudas laborales, etc.

Esta autonomía y riesgos tienen límites que impone el concedente y que consiste en:

a) Exclusividad de compra al concedente

El concesionario tiene la obligación de comprar exclusivamente la mercadería y los repuestos al concedente, limitando su libertad en orden a la adquisición de productos por parte de otros empresarios, se establece la obligación de apropiarse sólo del concedente.

b) Exclusividad territorial

Si el concesionario se hubiera comprometido a comercializar en forma exclusiva la mercadería y los productos del concedente-fabricante no podrá vender otros productos de otras marcas o de otros concedentes durante la vigencia de la relación contractual.

c) Locales y demás instalaciones y equipos necesarios

El concesionario deberá disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad.

d) Servicios de pre entrega y mantenimiento de las mercaderías

En la medida en que haya sido estipulado por las partes, el concesionario se obliga a prestar el servicio correspondiente que requiera el mantenimiento de los productos vendidos, respetando las garantías que se hubieran acordado al celebrar el contrato. Deberá efectuar la reparación de los productos vendidos y contar con los repuestos necesarios para hacerlo.

e) Sistema de venta, de publicidad y de contabilidad

En relación al sistema de venta, publicidad y contabilidad el concesionario deberá adecuarse a lo que estipule el concedente. En efecto, deberá utilizar los sistemas administrativos, financieros y contables que le fije el concedente.

f) Capacitación del personal

El concesionario tiene la obligación de capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente. En virtud de ello, es necesario que se ofrezcan por parte de ambos, cursos de perfeccionamiento de personal, a fin de que éstos puedan familiarizarse con las técnicas empleadas y los productos a vender.

11. DERECHOS DE LAS PARTES

11.1. Del concedente

El concedente posee las siguientes potestades contractuales: a) percibir el precio de los productos; b) que los productos sean comercializados por el concesionario, cumpliendo con los planes, las pautas y directivas emitidas por el concedente; c) compeler al concesionario a respetar las restricciones territoriales y la limitación de comerciar productos en competencia; d) controlar la actividad de comercialización ejecutada por el concesionario; y e) impedir la difusión de la información confidencial que pusiera en conocimiento del distribuidor con motivo del contrato.

Estos derechos tienen su correlato en las obligaciones del concesionario.

11.2. Del concesionario

El concesionario posee las siguientes facultades: a) recibir del concedente el suministro fluido de los productos; b) ser informado de los precios de reventa de las mercancías y sus variaciones; c) recibir del concedente las pautas de comercialización; d) usar las marcas y enseñas distintivas; e) percibir del concedente las sumas que correspondan por garantías u otras causas; f) constreñir al concedente a guardar secreto respecto de la información que le hubiera brindado a causa del contrato; y, g) que se respete su zona de exclusividad, cuando se encuentre estipulada. Estos derechos resultan la contrapartida de las prestaciones a cargo del concedente.

12. RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTO

12.1. Responsabilidad del concedente

Cuando el concedente incumpla su deber de aprovisionamiento de los productos en el tiempo y la forma acordados o que resulten funcionales a la finalidad contractual, el concesionario tendrá derecho a exigir el cumplimiento, reclamando además, los perjuicios ocasionados por la demora.

El concesionario también podrá resolver el contrato de concesión, ejerciendo el pacto comisorio tácito establecido para los contratos mercantiles bilaterales.

El concesionario podrá exigir que el concedente cumpla con el deber de control y dirección respecto del resto de los integrantes del sistema. Si el concedente incumpliera alguna de estas obligaciones y ocasionara un daño material al concesionario, éste podrá reclamar el resarcimiento. Es frecuente que resulte dificultoso mensurar cual es el perjuicio causado por el incumplimiento del concedente de su deber de control y dirección, puesto que esta inobservancia deriva en un menoscabo en la imagen de la marca y del producto, que finalmente perjudica a todos los que lo comercializan.

En el incumplimiento grave de estas obligaciones a cargo del concedente desnaturaliza el contrato de concesión comercial, y en consecuencia, habilita al concesionario a la resolución contractual por pacto comisorio.

12.2. Responsabilidad del concesionario

El concesionario debe cumplir con todas las prestaciones asumidas contractualmente: comercializar los productos, celebrar un mínimo periódico de ventas, mantener los *stocks* acordados, contratar y capacitar a su personal en la forma estipulada, etc. Si el concesionario incumpliera cualquiera de estas obligaciones, el concedente podrá resolver el contrato ejerciendo el pacto comisorio tácito. El concedente también podrá exigir el concesionario el cumplimiento de las prestaciones convenidas en el vínculo contractual (ESPER).

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, como LLOBERA, entre otros, consideran que la responsabilidad del concesionario por cumplimiento de las prestaciones contractuales no alcanzará las obligaciones que resulten consecuencias de cláusulas abusivas incorporadas en forma unilateral al acuerdo prerredactado por el concedente.

Ante la inobservancia por parte del concesionario del deber de pagar el precio de las mercaderías en la forma acordada, el concedente podrá suspender el suministro de los bienes y productos objeto de la comercialización con la potestad de resolver el contrato por incumplimiento el concesionario.

Cuando las partes hubieran estipulado un pacto de exclusividad, el beneficiario de ese acuerdo podrá reclamar los daños causados por el incumplimiento del cocontratante. Si la inobservancia revistiera gravedad suficiente, la parte cumplidora podrá resolver el contrato.

13. RESPONSABILIDAD CON LOS ADQUIRENTES DE PRODUCTOS O USUARIOS DE SERVICIOS

En principio el concesionario resulta exclusivo responsable frente a los terceros adquirentes por el cumplimiento de las prestaciones que fueran consecuencia de los contratos de venta o de servicios celebrados con ellos, puesto que el concesionario actúa por cuenta y riesgo propios. Así lo tiene uniformemente establecido la jurisprudencia.

Cuando el incumplimiento de las obligaciones originadas en el contrato celebrado entre el concesionario y el tercer adquirente resultar imputable al concedente, el concesionario podrá interponer las acciones de regreso correspondientes.

El concedente sólo responderá en forma directa frente a los terceros en los siguientes supuestos: a) cuando hubiera garantizado la calidad de los productos o servicios y; b) cuando hubiera provocado o facilitado el daño mediante una publicidad engañosa.

14. EL PROBLEMA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En la relación concedente - concesionario, se suelen producir conflictos a raíz de la instrumentación de cláusulas contractuales empleadas como vehículos para la traslación de riesgos. Entre los principales pueden detectarse (ZABALA RODRÍGUEZ [H], C. J. RIVAS):

1) Cuentas unificadas que lleva la concedente y en la que se computan todos los créditos y deudas de la concesionaria. Se registran allí todas las comisiones, venta de repuestos, adelantos para compras de unidades y/o repuestos, créditos por servicios, o reparaciones bonificadas, lo cual permite que mediante cláusulas contractuales se puedan producir compensaciones impuestas, débitos automáticos, cobro de intereses elevados;

2) En la entrega de automotores se pueden imponer cupos de compra, adquisición de modelos no solicitados, condicionamiento para la compra de unos modelos a la compra de otros;

3) Modificaciones en los precios, en las políticas de ventas, que la concedente decide y que la concesionaria debe aceptar, incluyendo los costos, y;

4) Exigencia de avalar las operaciones de crédito dadas a los adquirentes.

En estos casos debe examinarse si el ejercicio de esas cláusulas deviene abusivo. En especial, el *standard* de la reciprocidad global de las obligaciones es adecuado para establecer si esas obligaciones accesorias desnaturalizan o no el equilibrio que debe existir.

15. PLAZO DEL CONTRATO

Si bien se advierte que el contrato de concesión puede ser celebrado por tiempo determinado o indeterminado, tiene una importante limitación ya que éste no podrá tener un plazo inferior a cuatro (4) años (art. 1506 del CCC).

JUNYENT BAS Y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN establecieron que en aquellos supuestos en los cuales el contrato haya estipulado un plazo menor del indeterminado, la misma norma dispone que se entienda convenido por un período de cuatro años.

También puede estipularse un plazo mínimo de duración, ello en virtud de que ambas partes adquieran seguridad y garantía a la hora de emprender una operación económica, ya que el ejercicio de la actividad del concesionario requiere de una fuerte inversión de capital, capacitación del personal, adecuación de locales, provisión de servicios, etc.

Por su parte, cuando el plazo determinado en el contrato se encuentre vencido, si la relación continúa sin especificar el nuevo plazo de duración, lo transforma en un contrato por tiempo indeterminado, por lo cual se entenderá convenido por cuatro (4) años.

El Código prevé una excepción, la cual está dada cuando el concedente provea al concesionario del uso de las instalaciones principales en este caso se habilita a pactar un plazo menor, pero que no podrá ser inferior a dos (2) años.

16. RETRIBUCIÓN

La remuneración es un derecho que le asiste al concesionario de obtener una retribución por la actividad llevada a cabo. A los fines de determinar dicha retribución prima la autonomía de la voluntad de las partes, en virtud de lo cual la regulación prevista en el art. 1507 del CCC es sólo ejemplificativa de las diversas formas que pueden pactarse.

Tal como lo establece JUNYENT BAS Y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, el cobro de la comisión depende exclusivamente de la propia actividad del concesionario, lo que de manera indirecta motiva la venta de productos a favor del concedente, en tanto la remuneración representa el interés económico del concesionario.

Es preciso indicar que el concedente tiene la obligación de pagar al concesionario la retribución que se hubiera pactado, cualquiera sea la modalidad elegida en el contrato para hacerse efectiva.

Por otro lado, la norma hace referencia a que los gastos de explotación están a cargo del concesionario, ello se debe a que es éste quien explota el negocio por su cuenta y como consecuencia, soporta los riesgos inherentes a la operación comercial.

17. EXTINCIÓN

17.1. Rescisión unilateral por tiempo indeterminado

Conforme lo regula el art. 1508 del CCC, el contrato de concesión celebrado por tiempo indeterminado podrá ser rescindido de manera unilateral por cualquiera de las partes contratantes y en cualquier momento.

Cabe advertir, que quien decida poner fin al contrato, no podrá hacerlo de manera abusiva o lesionando la buena fe contractual, sino que deberá dar un preaviso a la otra parte cuyo plazo dependerá de la antigüedad de la relación. En caso contrario, es decir que no se cumpla con el preaviso, deberá pagar a la otra una indemnización por las ganancias dejadas de percibir y a fin de otorgar la posibilidad de reorganizar su empresa a fin de posibilitar el inicio de un nuevo emprendimiento comercial.

El preaviso debe ser suficiente y razonable, a mayor antigüedad del contrato se requerirá mayor plazo de preaviso. El plazo será de un mes por cada año de vigencia del contrato de concesión, sin perjuicio que existe la posibilidad de que las partes de común acuerdo estipulen un plazo mayor.

Finalmente, la norma establece que si el contrato de concesión se celebró por tiempo indeterminado, el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme

con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin de período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago.

De esta manera, el concedente tiene la obligación de volver a adquirir la mercadería y repuestos nuevos que posea el concesionario, al precio de venta que exista al tiempo de pago. Lo que se intenta con esto, es evitar perjuicios al concesionario, frente a la ruptura del vínculo contractual dispuesta de manera unilateral.

17.2. Resolución del contrato

Las causales de resolución en el contrato de concesión son las mismas que las que se estipulan en el art. 1494 del CCC, en virtud de las semejanzas que existen entre estos contratos. De esta manera el art. 1509 del CCC remite a dicho artículo para su aplicación.

Las causales de resolución que menciona la norma son: muerte o incapacidad del concedente, quiebra firme de cualquiera de las partes, incumplimiento grave o reiterado de una de las partes, disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, vencimiento del plazo, incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, disminución significativa del volumen del negocio.

En virtud de lo expuesto, cabe remitirse a lo desarrollado en el punto 15 en el contrato de agencia.

18. SUBCONCESIONARIO

La subcontratación no es procedente en el contrato de concesión, así como tampoco la cesión del contrato, salvo que exista pacto en contrario (art. 1510 del CCC).

En este orden de ideas, es preciso señalar en el mismo sentido que lo dispone JUNYENT BAS Y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN en el supuesto caso de que el concesionario contrate a un subconcesionario, agente o intermediario de venta, de ningún modo implicará una actuación a nombre o a cuenta del concedente.

CAPÍTULO XXXIII - FRANQUICIA. CON LA COLABORACIÓN DE CAROLINA A. SALTO

1. CONCEPTO

El art. 1512 del CCC define a este contrato: "Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado".

HOCSEMAN define la franquicia como un contrato de comercialización o distribución en sentido amplio mediante el cual una empresa conocida y prestigiosa en el mercado, denominada *franquiciante*, transfiere su *know how* (método operativo), otorga un derecho de uso de la marca que ejerce y proporciona asistencia

técnica permanente a otra empresa jurídicamente independiente, llamada *franquiciado*, que se obliga a someterse al control estricto del franquiciante y a pagar como contraprestación una suma fija inicial y una regalía mensual acorde a sus ventas o ganancias.

ZUCCHERINO Y MITELMANN, por su parte, definen la franquicia como "el contrato basado en una relación de cooperación permanente por el cual una de las partes titular de un nombre comercial, de una marca o distintivos de diseño o emblemas con que identifica a su empresa o negocio, otorga a la otra un conjunto de derechos que lo facultan para vender o distribuir o explotar comercialmente a su propio riesgo, en un lugar o territorio preestablecido, uno o varios productos o servicios, amparándose no solamente en la marca con que el otorgante identifica sus productos, sino también en la imagen comercial y en los métodos que utiliza".

FARINA, citando a ORTIZ DE ZÁRATE, enseña que "la franquicia permite crear un sistema de cadena sucursalista, pero con sucursales que no son tales, pues se trata de establecimientos propios de cada franquiciado, con las ventajas en el trabajo y la productividad que eso conlleva".

MARZORATI aporta una definición que resulta de gran utilidad porque permite comprender la franquicia no solo como un contrato sino como un sistema. Afirma este autor que la franquicia "es aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado 'franquiciante', ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales".

La franquicia se presenta como un sistema sumamente eficiente para que las empresas puedan distribuir sus productos o servicios replicando una fórmula de éxito eficazmente probada por el franquiciante productor importador, ampliando mercados, puntos de venta, etc., de un modo más perfeccionado que los restantes contratos de distribución, como la agencia, la distribución propiamente dicha o la concesión comercial.

2. SUJETOS

Las partes de esta figura contractual se denominan: a) franquiciante, también designado como *franchisor* o franquiciador, y b) Franquiciado, *franchise* o más raramente, el franqueado. LORENZETTI, los nombra, además, como dador y tomador, respectivamente.

1) *Franquiciante*: es el titular de la marca, quien cede al franquiciado el *know how* y los demás bienes inmateriales (licencia, uso de marca, etc.) que componen los elementos necesarios para la explotación de la actividad comercial que desarrollará el franquiciado, como también quien fija las reglas y pautas precisas y minuciosas que éste deberá observar al desarrollar la actividad comercial.

2) *Franquiciado*: es quien realiza la inversión inicial para la instalación del comercio o la empresa que desarrollará la actividad según las reglas suministradas por el franquiciante. El seguimiento adecuado de las directivas emanadas del franquiciante no solamente es una obligación para el franquiciado sino que les asegurará —o, por lo menos reducirá drásticamente el riesgo— en el éxito de la empresa. A cambio, el franquiciado se obliga a abonar un derecho de ingreso y una regalía periódica —generalmente mensual— sobre las utilidades sobre la explotación de la actividad comercial.

Por su parte, el contrato de franquicia suele denominarse también bajo el nombre de *franchising*. Esta última designación es utilizada indistintamente en los países de habla inglesa y otros europeos. Lo mismo ocurre en nuestro país, así como el resto de Latinoamérica, en donde se utiliza ambos términos como sinónimos.

3. ELEMENTOS ESENCIALES

Se trata de aquellos elementos esenciales que sin su presencia no podríamos afirmar que nos encontramos frente a la figura del *franchising*.

3.1. El know how

Este elemento es relevante pues distingue este contrato con otras modalidades distributivas. El *know how* es un conocimiento práctico, aplicable y comercializable, probadamente exitoso, lo que exige que exista una experiencia previa, generalmente realizada por el franquiciante, y que le haya dado un éxito comercial, que otros quieren seguir o utilizar en provecho propio, original, de modo que una de las partes está dispuesta a pagar por su utilización. Este elemento hace que el procedimiento sea confidencial, y justifique una cláusula de secreto durante el contrato y con posterioridad a su extinción, y reproducible, pudiendo ser actualizado y modificado conforme las innovaciones que sugiere el franquiciante o las demandas del mercado. En la práctica contractual este elemento se traduce en un manual operativo que describe minuciosamente el procedimiento.

En cuanto al contenido material del *know how*, es muy variado, descripción de un sistema de elaboración de productos, de comercialización, de atención al cliente, de presentación de locales, publicidad, signos distintivos, normas de seguridad, limpieza y niveles de calidad de los productos.

3.2. La marca y licencia

El *know how* en el sentido predescrito es de difícil protección por ello se incluye la transmisión de algunos elementos que son susceptibles de registración para mayor seguridad del franquiciante. La marca puede inscribirse y está protegida legalmente frente al uso no autorizado. Sin embargo, en la franquicia el titular de la marca no se conforma con la registración, sino que avanza en un control sobre el uso que debe dar a la misma.

3.3. El suministro

En muchos contratos de franquicia hay un suministro, puesto que el dador entrega insumos para la fabricación de los productos, o bien indica donde adquirirlos. No se trata de un dato definitorio, puesto que puede no presentarse, como ocurre en las franquicias de servicios.

Existen en cambio, obligaciones de duración que consisten en la entrega de bienes (insumos) o servicios (asistencia técnica permanente) que incluye programas de formación del personal, de servicios posventa, sistemas de contabilidad, de gestión, de *management*, que obligan al dador a una serie de prestaciones

continuas, pero que no constituyen un contrato de suministro, sino obligaciones accesorias del contrato de franquicia celebrado.

3.4. El control

El dador cede el procedimiento exitoso, la marca, delega la elaboración de productos o la prestación de servicios, todo lo cual importa que los actos del franquiciado tienen un impacto decisivo sobre la imagen del franquiciante. Por ello, y como contrapartida, el dador ejerce un control estricto, cuyo propósito es el cuidado de tales bienes. El control es un elemento que se revela en múltiples aspectos: el derecho del dador a autorizar la apertura de un establecimiento, el diseño del local, fijación de horarios comerciales, utilización de técnicas de producción o comercialización, la política del personal, las campañas promocionales y sus cargas financieras, el libre acceso a la contabilidad. Por otra parte y a través del manual operativo, el franquiciante instruye al franquiciado sobre el tipo de prestación que debe desempeñar, recortando severamente su autonomía. También alcanza al cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales, normas de calidad, equilibrio económico y financiero por parte del franquiciado. Cuando hay una desviación de la finalidad (cuidado de la imagen) del control, hay un acto abusivo.

3.5. La colaboración

Entre las partes hay un vínculo de larga duración basado en la colaboración. No hay una sociedad, puesto que no hay sujeto jurídico independiente, ni la distribución de ganancias, ni un vínculo laboral, puesto que son empresas autónomas.

Existe, sin embargo, un interés común en la continuación y el éxito del negocio. Aunque es un contrato de cambio de prestaciones, ellas se obligan fundamentalmente de la conducta concurrente y complementaria de las partes. Ambas dependen del éxito del negocio para el cumplimiento del contrato. De modo tal que toda conducta que conspire contra la finalidad común, entendida como el éxito del negocio, será calificada como contraria al deber de colaboración

4. ELEMENTOS NATURALES

Los elementos naturales son aquellos que sin ser de la esencia del contrato, son habitualmente incorporados sin que su ausencia obste a la existencia del contrato.

4.1. Responsable funcional de la franquicia

También llamado "operador" de la franquicia. Es común que, dado que este contrato suele celebrarse entre personas jurídicas, el franquiciante exija la vinculación personal, en representación del franquiciado, de una

persona física que asegure la aplicación del plan comercial que supone el contrato, cuya muerte o desvinculación, cuando el franquiciado es una persona jurídica o física, suele pactarse como causal de rescisión del contrato.

4.2. El aspecto fiduciario

El vínculo se entabla en la mutua confianza y colaboración de las partes a través del aporte de un *know how* que deberá ser guardado en la confidencialidad del franquiciado y del aporte constante de asistencia técnica y de colaboración y control, a lo que cabe agregar el depósito de confianza que supone la elección de ambas partes, una como titular de la marca o patente y un procedimiento exitoso y la otra con las cualidades personales, técnicas y económicas para desarrollar el plan de negocios en el tiempo, dentro del marco ya descrito, ponen de relieve claramente, que el vínculo jurídico entre las partes reposa sobre un basamento de confianza mutua, cuya ausencia, siempre vinculada a algún hecho objetivo que la afecta o la hace desaparecer, puede concluir en la rescisión del contrato.

4.3. Territorialidad de la franquicia

La exclusividad territorial no constituye un elemento cuya ausencia podría invalidar el contrato, pero suele integrarlo puesto que la autorización que concederá el franquiciante al franquiciado para el desarrollo de su negocio a través de la explotación de la marca o de la patente, requieren de una delimitación geográfica, tanto para asegurar el franquiciado la exclusividad de la actividad en tal ámbito, como para no superponer esta nueva actividad con otras franquicias preexistentes o futuras, ni con la competencia del propio franquiciante, que habitualmente explota sus propios negocios.

En este sentido, MARTORELL considera que si bien la territorialidad de la franquicia no constituye un elemento esencial es un aspecto que se tiene especialmente en cuenta por tratarse de un tema nuclear del éxito del negocio. Por ello, cuando no se haya pactado exclusividad territorial o aun cuando se hubiera reservado el franquiciante el derecho de otorgar otras franquicias, el principio de buena fe obliga a respetar un ámbito territorial que sea suficiente y necesario para el éxito del franquiciante.

5. ELEMENTOS ACCIDENTALES

Existen otros elementos que se presentan habitualmente en el contrato de franquicia y que sin tratarse de elementos esenciales ni naturales, pueden pactarse sin alterar la esencia del contrato.

5.1. Acceso a las facilidades financieras que pueda proveer el franquiciante

Si bien los recursos materiales y humanos para poner en funcionamiento la franquicia es el franquiciado, no es inusual que el franquiciante proporcione facilidades de acceso al crédito o al financiamiento necesario para tal fin. Esto no cambia el rol de cada uno en los contratos, no convierte al franquiciante en socio del franquiciado.

5.2. Obligación de provisión exclusiva de materias primas o productos

Es habitual que el franquiciado asuma la obligación de abastecerse de materia prima y/o productos elaborados siniestrados en forma exclusiva por el franquiciante o por terceros indicados por éste. Por un lado, el interés del franquiciante de garantizarse la calidad y uniformidad de los productos que se expendirán en cada uno de los locales que integran su franquicia y generar un negocio paralelo el cual frecuentemente obtendrá una ganancia adicional, con la particularidad de tener clientes cautivos en cuanto no podrán elegir proveedores.

6. CARACTERES

El contrato de franquicia presenta las siguientes características:

a) *Bilateral*: porque genera prestaciones a cargo de cada una de las partes, en una relación de reciprocidad. Las obligaciones que asumen los contratantes adquieren una fisonomía compleja, que entrelaza prestaciones de dar, de hacer y de no hacer.

b) *Oneroso*: debido a que ambas partes obtienen ventajas directas a raíz de los sacrificios patrimoniales que soporta cada una. El franquiciante obtiene como ventaja, la posibilidad de ceder la explotación de un negocio ya probado a partir de la tercerización en la comercialización al franquiciado, quien lo retribuye económicamente por ello. De este modo, se asegura rentabilidad, se reducen gastos de instalación y se elimina, en gran parte, el riesgo de vincularse activamente, el propio franquiciante, en un negocio desde el inicio. El franquiciante se beneficia con una recuperación rápida y económica el capital inicialmente invertido y con una rentabilidad de muy bajo riesgo. El franquiciante, percibe como utilidad el derecho de ingreso, además del pago de las utilidades como contraprestación del *know how* y los demás accesorios comprendidos para la explotación del negocio franquiciado.

c) *Consensual*: ya que el contrato queda perfeccionado con el mero consentimiento de las partes. Agrega MARTORELL que en algunas jurisdicciones hasta puede ser verbal.

d) *Commutativo*: porque los contratantes conocen desde el momento que celebran el contrato, cual es la extensión de los derechos, las obligaciones y sus efectos, sin que ello dependa de ningún acontecimiento externo, futuro e incierto.

e) *De tracto sucesivo o de ejecución continuada*: la franquicia requiere para el cumplimiento de la finalidad perseguida por las partes, que los efectos del contrato se extiendan de modo estable a lo largo del tiempo. El éxito del sistema requiere de la permanencia en el mercado de los canales de distribución que se generan a partir de esta metodología de comercialización. Además del lucro para cada una de las partes posee una relación directa con la duración del contrato, ya que le permite al franquiciante percibir las utilidades por parte del franquiciado y, para este último, garantiza una explotación sostenida y bajo riesgo en el rubro para el cual se ha unido al sistema.

f) *Formal*: si bien no está sujeto a ningún requisito de forma para su celebración. A pesar de ello, es práctica generalizada su celebración por escrito.

g) *De empresa*: la franquicia es un típico contrato comercial, definida por las partes que lo integran y por su objeto. A eso se agregan las circunstancias que rodean la contratación y el carácter de comerciante de cada parte. Por ese motivo, afirmamos con la doctrina que se trata de un contrato de empresa, en el que las partes presentan, según explica MOSSET ITURRASPE, una organización de los factores de la producción como característica central.

h) *Intuitu personae*: se trata de un contrato en que la calidad o condición personal del contratante es esencial, sea que se trate del franquiciante o del franquiciado. Para el primero resultan importantes las cualidades de la organización del franquiciado, su solvencia, aptitud y actitud para el desarrollo exitoso del negocio. Para este último, la imagen del franquiciante, su estructura, su red de franquiciados, su *know how*, la asistencia personal, la marca y demás licencias que posee constituyen la causa principal por la que se obliga. Este carácter inminentemente personal del contrato posee, entonces una connotación dual.

i) *De cooperación o de colaboración*: MARZORATI explica que la cooperación es un rasgo distintivo de la franquicia, que incluso permite diferenciarla del resto de los contratos de distribución en general, particularmente del acuerdo de distribución propiamente dicho. La cooperación entre las partes hace que el beneficio de la comercialización repercuta favorablemente en las expectativas patrimoniales de ambos. Para el franquiciado, la mayor facturación se logra a partir de su acción particular, pero nunca aislada o separada de la imagen del franquiciante, por lo que el crecimiento de éste en el mercado repercute, a su vez, en la factibilidad de ganancias para el franquiciado. A su vez, para el franquiciante, el éxito del negocio global depende en gran medida del particular de cada franquiciado. Se desarrolla entonces, una relación simbiótica en beneficio mutuo, para la que la cooperación es ineludible.

FARINA, resume la idea anterior y señala que la franquicia requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas. Agrega que, sin embargo, en esa relación de colaboración, el franquiciante impone las condiciones y el franquiciado se somete a ellas, por lo que no hay equilibrio ideal en el poder de negociación que muestren las partes.

7. SISTEMA DE FRANQUICIA

En el contrato de franquicia, las partes son independientes entre sí, jurídica y económicamente. Ello descarta cualquier posibilidad de entender que los contratantes conforman un vínculo asociativo entre ellos. No se constituye una sociedad, asociación, ni ninguna otra persona jurídica como efecto del acuerdo de franquicia.

El franquiciante propone un formato uniforme para la estructura y el contenido del vínculo contractual. Más allá de la justificación que se encuentre en su mayor poder de negociación frente a los potenciales franquiciados, la uniformidad en el modo de presentar el comercio ante terceros y la metodología para la producción o generación de servicios, garantiza el funcionamiento armónico de todo el sistema, que cada contrato de franquicia individual integra.

LORENZETTI, sostiene que el sistema de franquicia es una red de contratos celebrados entre varios sujetos y un franquiciante, con finalidad distributiva y con la característica de una identificación con el franquiciante. Los sujetos franquiciados son autónomos y no mantienen una relación de dependencia con el franquiciante.

La identificación de este sistema permite tratar la franquicia como un contrato que se integra a una red contractual. De este modo, el franquiciante acumula poder y se despliega como el organizador de este sistema. La consecuencia será, a su vez, la uniformidad de los productos y servicios, para asegurar la continuidad y el éxito de la comercialización a través del tiempo.

Esta estructura de red permite diseñar un sistema en el que no se agota la relación entre el franquiciante y los franquiciados, sino que, a su vez, permite crear estamentos diferenciados a partir del fenómeno de la *subfranquicia*.

8. CLASES

a) *Franquicia mayorista*: es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas (art. 1513, inc. a) del CCC).

b) *Franquicia de desarrollo*: es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho a ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante (art. 1513, inc. b) del CCC).

c) *Franquicia industrial*: es cuando el franquiciante transfiere al franquiciado el derecho de fabricar y comercializar ciertos productos, utilizando la marca, mecanismos, procedimientos y las técnicas de venta del franquiciante (JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN) (art. 1524 del CCC).

d) *Franquicia Internacional*: el franquiciante le transmite el *know how* y el uso de la propiedad intelectual al franquiciado de diferente país a los fines de la explotación económica de un negocio o empresa comercial dentro de una zona determinada (art. 1514, incs. f), i) del CCC).

9. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

a) *Con el contrato de suministro*: en éste, como señala MARZORATI, una parte le asegura a la otra un volumen fluido de insumos, durante un plazo determinado. En cambio, la franquicia, si bien puede incluir una prestación de suministro la que se obliga el franquiciante, contiene otras obligaciones que se ajustan al cumplimiento de la operación jurídico económica procurada (asistencia, control, etc.).

El contrato de suministro no es esencialmente de colaboración y se relaciona más adecuadamente con su función de cambio. La franquicia es netamente un acuerdo de colaboración.

b) *Con el contrato de concesión*: HOCSEMAN, encuentra la raíz del contrato de *franchising* en la concesión comercial. Pese a las importantes similitudes entre ambas figuras, existen diferencias trascendentes entre ellas, a saber: 1) el franquiciado se obliga a pagar al franquiciante, como contraprestación, un derecho de ingreso al negocio y regalías mensuales, que pueden ser fijas, calcularse en relación con las utilidades o ser combinadas. El concesionario, en cambio sólo abona al concedente el precio de las mercaderías que adquiere para su comercialización. 2) En la franquicia suele concederse la licencia de la marca del franquiciante, esta característica no aparece en la concesión. 3) HOCSEMAN, indica que en el *franchising*, habitualmente se trasmite un sistema de comercialización. En la concesión, en cambio, el concedente fija ciertas pautas para la comercialización de los productos, aunque estas directivas no componen un método complejo o integral de negocio.

c) *Con el contrato de distribución*: la semejanza entre ambas figuras se ubica en la función de ambos contratos como medio para ampliar canales de comercialización de los productos o bienes del fabricante, productor o importador a partir de la contratación con terceros para el desarrollo de esa actividad. La otra semejanza se encuentra en la escasa inversión que debe realizar tanto el distribuidor como el franquiciante, ya que los costos de organización y establecimiento de la empresa que comercializará a terceros estarán a cargo del distribuidor y del franquiciado en cada caso.

Sin embargo pueden señalarse las siguientes diferencias importantes entre ambos contratos: 1) En la distribución existe una relación más emparentada con la compra y reventa de los productos sobre los que recae la actividad de comercialización. En la franquicia, esa descripción es apenas una de las funciones y la relación entre franquiciante y franquiciado es mucho más compleja, ya que ambas partes adquieren obligaciones y derechos precisos: control, presentación del establecimiento en su diseño, utilización de la marca, explotación del *know how*, etc. 2) El franquiciante mantiene mayor poder de negociación y de control frente al franquiciado, que el comitente en su relación contractual con el distribuidor. El franquiciante predispone y establece las condiciones de contratación frente al franquiciado, relaciones que se desarrollan durante la vigencia del contrato, tanto entre partes como —en gran medida— frente a terceros, etc. Estas notas no son caracteres tipificantes en la relación contractual en la distribución.

10. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

10.1. Del franquiciante

a) *Deber de información*: el franquiciante tiene el deber de proporcionar con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que haya operado un tiempo suficiente en el país o en el extranjero. JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN destacan que el deber de información rige a favor de ambas partes, en tanto que desde la óptica del franquiciante, éste deberá brindar toda la información económica y financiera relativa al producto que se comercializará a través de una franquicia, con el fin de que el franquiciado cuente con los elementos necesarios para poder decidir si lleva o no a cabo el negocio propuesto, conociendo la evolución que en un período de dos años, ha tenido una unidad similar a la que se pretende comercializar.

b) *Transferir el know how*: esta obligación incluye la transmisión de todos aquellos conocimientos técnicos, los secretos de producción y los pasos que el franquiciante utilizó para llegar al mismo resultado procurado. HOCSMAN agrega que debe considerarse incluida en esta obligación, la transferencia tecnológica, si fuera necesario. Por otro lado, MARZORATI define al *know how* como la habilidad técnica o el conocimiento especializado en un campo determinado de los negocios, un conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico y en general, todo conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial. En efecto, este autor habla de la obligación de entrenar al franquiciado para la conducción del negocio y la organización del trabajo, destacando que lo que permite la uniformidad en el producto o en la prestación del servicio es el entrenamiento y la asistencia técnica o simplemente el "saber cómo" para llegar al mismo resultado.

c) *Manual de operaciones*: El franquiciante tiene la obligación de entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato. MARTORELL sostiene que el franquiciante deberá proporcionarle especificaciones acerca de: la forma de relacionarse con terceros, todo lo referido a publicidad y promoción institucional del negocio y del local, el diseño, la construcción y el equipamiento del local o locales en los que habrá de desarrollarse la franquicia para que se decoren de modo uniforme con los demás integrantes de la cadena, las pautas contables mediante las cuales se deberá llevar los libros y satisfacer auditorías y controles, los cursos de capacitación

del personal, las pautas a las que se deberá ajustar el aseguramiento de los bienes aplicados al cumplimiento de la franquicia o la atención al público, etc.

d) *Capacitación técnica*: la norma prevé la capacitación técnica del franquiciado y sus empleados. El deber del franquiciante no sólo se limita a entregar el manual de instrucciones sino que también deberá entrenar a los empleados, enseñándoles a utilizar el sistema y explicar el funcionamiento y operatividad del negocio. En efecto, deberá transmitirle todos los conocimientos necesarios vinculados al franquiciante, a sus productos, al negocio, a su funcionamiento, a las ventas, etc. Debe existir una capacitación permanente con un adecuado seguimiento.

e) *Provisión de mercaderías*: si el contrato prevé la provisión de mercaderías ya sea insumos para la fabricación de productos o mercaderías exclusiva para la venta, el franquiciante deberá asegurar tal provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables.

f) *Licencia de uso de la marca*: la norma hace referencia a la licencia que se otorga a favor del franquiciado para que éste utilice los nombres, marcas, emblemas, colores, propios o distintivos de la franquicia comercial contratada. El uso de la marca es la clave en el éxito en el negocio, ya que los consumidores son atraídos por la notoriedad de la marca en razón de su prestigio.

10.2. Del franquiciado

Las obligaciones que asume el franquiciado en este contrato se encuentran reguladas en el art. 1515 del CCC y pueden sintetizarse:

a) *Actuación del franquiciado. Colaboración*: El franquiciado debe desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia ajustando su funcionamiento a las instrucciones impartidas por la otra parte. LORENZETTI afirma que la red de franquicia requiere un comportamiento de colaboración en el funcionamiento de la misma que se traduce en el cumplimiento de las directivas que pretende lograr un comportamiento homogéneo por parte de los integrantes de la red.

b) *Deber de información e inspecciones*: el franquiciado deberá brindar información correcta de la gestión que está llevando a cabo, de las ganancias obtenidas y de todos los datos que resulten significativos referidos al desarrollo del negocio. Asimismo, deberá facilitar las inspecciones del franquiciante.

c) *Protección de los derechos del franquiciado*: el franquiciado tiene obligación de abstenerse de llevar a cabo actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia como así también proteger los derechos intelectuales.

d) *Deber de confidencialidad*: el franquiciado tiene la obligación de guardar secreto acerca de los conocimientos adquiridos en función del contrato celebrado (*know how*), subsistiendo esa obligación aún después de concluido el contrato.

e) *Pago del precio*: se debe cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia. Es decir el franquiciado tendrá derecho al *know how* de la empresa. Así como también a la licencia del uso de la marca a cambio de una retribución que puede pagarse al inicio del vínculo contractual como a lo largo de su desarrollo.

11. RESPONSABILIDAD

11.1. Entre las partes

La norma que regula la responsabilidad dispone que las partes vinculadas por un contrato de franquicia son independientes sin que exista entre ellas relación laboral (art. 1520 del CCC).

En este sentido, podemos indicar que el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en el contrato.

La regla general es que cada una de las partes es independiente y autónoma del contrato y responderá por sus propias obligaciones, salvo que se estipule lo contrario.

Por otro lado, la norma también dispone que los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral.

De esta manera, se deja a salvo los casos de fraude laboral, en los cuales se podrá atacar la figura "ficticia" de la franquicia, e imponer la responsabilidad solidaria de los infractores.

Finalmente, la norma regula que el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad en el sistema de franquicia. El franquiciado al entrar a un contrato de franquicia lo hace bajo su propio riesgo sin pretender que el franquiciante garantice resultado alguno.

11.2. Responsabilidad por daños al franquiciado

Partiendo de la inexistencia de la relación laboral que vincula al franquiciante con el franquiciado, el art. 1521 del CCC, dispone la responsabilidad del franquiciante por los daños ocasionados al franquiciado, siempre que los mismos se deriven de los defectos del diseño del sistema. Es decir, el franquiciante sólo responderá ante la existencia de un vicio o defecto que genere un daño al franquiciado.

12. PLAZO

A los fines de regular el plazo de duración del contrato de franquicia, el art. 1516 del CCC remite al art. 1506 —que regula el plazo para los contratos de concesión—, el cual estipula que no podrá ser inferior a cuatro (4) años. En el caso que se pacte un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro (4) años.

Sólo resultan excepcionales los casos de ferias, congresos y actividades desarrolladas dentro del predio o emprendimiento que prevean una duración inferior o similar. En estos supuestos, el art. 1522, inc. c) del CCC estipula que quedarán extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo.

Por otra parte la norma dispone que aquellos contratos en los cuales se hubiese previsto un plazo específico de duración, al vencimiento de éste si ninguna de las partes denuncia expresamente con treinta (30) días de antelación, el contrato se entenderá prorrogado tácitamente por un (1) año.

13. EXCLUSIVIDAD

Si bien la autonomía de la voluntad es la premisa fundamental a tener en cuenta en este tipo de contrato, la ausencia de una disposición contraria que limita o excluya la exclusividad se alza como un elemento fundamental en el contrato de franquicia.

Conforme lo regula el art. 1517 del CCC la exclusividad es para ambas partes, es decir el franquiciado podrá comercializar los productos o la mercadería bajo la marca del franquiciante en el lugar asignado para el desarrollo del negocio y por su parte el franquiciante no podrá autorizar otra unidad de la franquicia en el mismo territorio.

En efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que si las partes no se refieren a la exclusividad, ésta será obligatoria para ambas partes, constituyendo un elemento natural de este contrato. De esta manera podemos concluir en que la exclusividad de la franquicia es tanto para el franquiciante como para el franquiciado, salvo pacto en contrario.

14. CLÁUSULAS ESPECIALES

14.1. Prohibición de ceder la franquicia

El art. 1518, inc. a), prohíbe al franquiciado ceder su posición contractual y los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario. JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN señalan que como el franquiciante otorga una licencia de uso de su propia marca, la cual está registrada a su nombre, incluso transmite al franquiciado todos los conocimientos, técnicos y métodos que hacen a su negocio, es decir da a conocer el *know how*, por lo que se entiende que la cesión de los derechos intelectuales transmitidos es una facultad que compete al franquiciante. Sin embargo, una solución diferente se podría dar en los supuestos de muerte del franquiciado, en razón de que más allá de la calidad específica de su persona muchas veces el prestigio que se tuvo en cuenta para contratar está dado por la empresa de la que forma parte, con lo cual se podría admitir que el contrato de franquicia continúe en cabeza de los herederos. Esta norma deja a salvo los supuestos de las franquicias mayoristas, estableciendo que esta disposición no se aplica en tales casos.

14.2. Derivación de la exclusividad que rige entre las partes

El art. 1518, inc. b), establece que el franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado. Ello responde a respetar la exclusividad de la franquicia.

14.3. Derecho a la clientela

Por último el art. 1518, inc. c) hace referencia al derecho a la clientela que corresponde al franquiciante, ya que ésta es atraída por la marca del producto, por su notoriedad, calidad y prestigio, y no por la persona física o jurídica del franquiciado. Asimismo, el franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación, salvo en la medida que cuente con la autorización del franquiciante.

15. CLÁUSULAS NULAS

El art. 1519 del CCC enumera ciertas cláusulas que en el supuesto de ser pactadas en el contrato de franquicia, la misma norma reputa como nulas. Dichas cláusulas fueron estipuladas para proteger al franquiciado, por estar frente a contratos de adhesión con cláusulas predispuestas, por considerarse a la parte más débil de la relación contractual. Dichas cláusulas son:

1) *POSIBILIDAD DE CUESTIONAR DERECHOS DEL FRANQUICIANTE*: será nula aquellas cláusulas que prohíba al franquiciado cuestionar los derechos intelectuales, de marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor del franquiciante.

2) *ADQUISICIÓN DE MERCADERÍA POR PARTE DEL FRANQUICIADO*: será nula la cláusula que impida al franquiciado adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país siempre que éstos respondan a las calidades y características contractuales.

3) *LIBERTAD DE RELACIÓN POR PARTE DEL FRANQUICIADO*: el franquiciante no podrá prohibir al franquiciado reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados. Ello deriva de la libertad para relacionarse que gozan todos los habitantes. La única limitación a esta libertad, sería el carácter económico, en orden a evitar que las partes del contrato de franquicia no colaboren entre sí o que se manejen en forma desleal, forjando vínculos atinentes al contrato, con otras empresas en competencia.

16. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

16.1. Por muerte o incapacidad de cualquiera de las partes

Para JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, la muerte o incapacidad de una de las partes, si bien la norma reconoce el derecho a pedir la extinción del contrato, ello no impide la posibilidad de renegociar con los herederos del fallecido la continuación del contrato de franquicia.

16.2. Extinción por invocación de justa causa

Las partes no podrán extinguir en contrato dentro del plazo de vigencia, sin que exista una justa causa que amerite tal solución. En este sentido, el art. 1522, inc. b) remite al art. 1084 el cual dispone que para resolver el contrato el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato.

Pone de resalto HOCSEMAN, el incumplimiento en que se fundara la decisión de poner fin a la vinculación, debe resultar grave y no susceptible de ser subsanado en plazo razonable, de otro modo, cabría exigir la subsanación previo a disponer su extinción.

16.3. Por ejercicio de la facultad resolutoria

Puede ocurrir que en un contrato de agencia no se hubieran pactado expresamente las consecuencias de los incumplimientos ni se hubieran acordado las facultades rescisorias.

En tal caso, rige lo dispuesto en el art. 1522, inc. d) del CCC, en el cual faculta a una de las partes a rescindir unilateralmente y en cualquier momento sin que requiera invocación de justa causa. Sin perjuicio de ello, debemos tener en cuenta que quien decida poner fin al contrato no debe hacerlo de manera abusiva ni lesionar la buena fe contractual. Para ello, se deberá otorgar a la otra parte un preaviso no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo. En los contratos por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca cuando menos al cumplirse el tercer año desde su concertación. Cabe advertir que, en el caso que la parte que decida rescindir unilateralmente el contrato, no cumpla con el preaviso, deberá pagar a la otra una indemnización por las ganancias dejadas de percibir y por otro lado dar la posibilidad de reorganizar su empresa a fin de posibilitar el inicio de un nuevo emprendimiento comercial, ello conforme lo dispuesto en el art. 1493 del CCC.

16.4. Cláusula de no competencia

El párrafo final del art. 1522 del CCC dispone que es válido pactar una cláusula que impida la competencia del franquiciado con la comercialización de los productos o servicios propios después de extinguido el contrato por cualquier causa, hasta el plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable habida cuenta las circunstancias.

El objetivo de esta cláusula es evitar que el franquiciado utilice sus conocimientos y técnicas y se lance al mercado una vez que concluya la franquicia con productos o servicios propios, convirtiéndose de esta manera en una competencia para el franquiciante.

Finalmente, agrega el art. 1523 del CCC en término aclaratorio que el contrato de franquicia, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia.

CAPÍTULO XXXIV - MUTUO. CON LA COLABORACIÓN DE MATÍAS MANUEL PORTOS

1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN

El término mutuo proviene de las voces latinas *ex meo tuum*, que equivale a decir "porque lo mío se hace tuyo".

En nuestro derecho positivo se denomina —indistintamente— mutuo, empréstito, préstamo de consumo y aun simplemente préstamo.

1.1. Concepto legal

El Código Civil y Comercial define, en el art. 1525, el contrato en estudio diciendo que: "Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie".

Analicemos, paso a paso, la definición que el Código nos aporta.

a) "...cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad..."

En nuestro sistema, el mutuo es un contrato consensual. Pues, la entrega a la que se obliga el mutuante no resulta constitutiva del negocio jurídico, que se perfeccionará desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.

La dación a la que hace referencia el artículo, comprende una tradición traslativa de propiedad, sin que sea necesario un acuerdo traditivo adicional distinto del ya celebrado.

En suma, la transmisión de la cosa tiende a dar cumplimiento a un contrato ya concluido por el consentimiento de las partes, y no a ser un elemento constitutivo del negocio.

b) "...una determinada cantidad de cosas fungibles..."

Tal como enseña LÓPEZ DE ZAVALÍA, el término "cantidad" alude, aquí, a una medición de valor. "Cantidad de cosas" significa, elípticamente, "cantidad del valor de cosas".

Respecto de la fungibilidad de la cosa, el Código Civil y Comercial señala, en el art. 232, que son aquellas "...en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad".

c) "...se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie".

El mutuario se compromete a restituir, por substitución, cosas distintas de las originariamente recibidas, pero de la misma especie y calidad. Si fueran de especie distinta, no se trataría de restitución y, en consecuencia, no habría mutuo.

2. CARACTERES

El contrato de mutuo es consensual, bilateral, gratuito u oneroso, conmutativo, no formal, nominado. En el caso de su carácter gratuito entendemos que puede considerarse *intuitu personae*.

2.1. Consensual

El Código Civil y Comercial eliminó la distinción que Vélez Sarsfield realizaba respecto de los contratos consensuales y reales. Puntualmente, excluyó la categoría de los reales. En razón de ello, todos quedarán concluidos desde que las partes hubiesen manifestado su consentimiento.

Entendemos, entonces, que la entrega de la cosa es una obligación principal del mutuante, que no atañe a la existencia del negocio, puesto que se realiza en cumplimiento del contrato (*solvendicausa*) y no configurándolo (*contrahendi causa*).

Afianza este criterio, la facultad que posee el mutuante de no entregar la cosa si, con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario hace incierta la restitución (v. art. 1526 del CCC). Más aun, el mutuario puede solicitar, ante el incumplimiento del mutuante en la entrega de la cosa objeto del negocio, el cumplimiento del contrato o su resolución.

2.2. Bilateral

Recordemos que los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales, siendo de la segunda especie cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

En atención a esta última definición, claro está que el mutuo es un contrato bilateral. Pues, ambas partes se encuentran obligadas. El mutuante a entregar la cosa objeto del contrato, y el mutuario a restituirla con más sus intereses (especie onerosa).

2.3. Gratuito u oneroso

Según el art. 1527 del CCC: "El mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario". Esto debe ser entendido en el sentido de que el mutuo es un contrato naturalmente oneroso y accidentalmente gratuito, pues, no habiendo

convención expresa sobre la gratuidad del contrato, el mutuo se presume oneroso. El mutuo oneroso lleva implícito el pacto comisorio, instituto éste que nuestro Código limita a los contratos bilaterales.

Respecto del carácter *intuitu personae*, consideramos que se presenta en su especie gratuita. Pues, quien otorga de tal forma un préstamo, sin obtener beneficio económico, lo hace por razones particulares que lo vinculan con el prestatario: parentesco, amistad, etc. Es decir, tiene en cuenta fundamentalmente la persona a la que le presta.

2.4. Conmutativo

El tema de lo conmutativo y de lo aleatorio son especificaciones de lo oneroso (v. art. 968 del CCC). Un mutuo gratuito nunca puede ser aleatorio, aunque sí es posible que sea condicional. El mutuo oneroso puede ser conmutativo o aleatorio, siendo naturalmente lo primero y accidentalmente lo segundo. Será aleatorio cuando se subordine la prestación de intereses a una incertidumbre.

2.5. No formal

El mutuo es un contrato no formal, por cuanto la ley no impone solemnidad alguna. En consecuencia, se aplica a su respecto el principio general de la libertad de formas, contenido en el art. 1015 del CCC.

3. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS

Para caracterizar una figura jurídica es de gran utilidad compararla con otras con las que pueda tener alguna semejanza, a fin de determinar mejor su esencia.

En el caso del mutuo, tomamos las figuras típicas que suelen compararse.

3.1. Mutuo gratuito y comodato

Se ha dicho que la diferencia entre uno y otro contrato depende de la naturaleza de la cosa: "en el mutuo la cosa es fungible; en el comodato debe ser no fungible". Además, en el mutuo, hay transferencia de la propiedad de la cosa y en el comodato no".

En conclusión, de la clase de restitución pactada dependerá que haya mutuo o comodato.

3.2. Mutuo y compraventa

La primera gran distinción radica en la obligación, a cargo del mutuario, de restituir la cosa recibida por otra de su misma especie y calidad, mientras que el comprador se queda con la cosa que se le entrega.

No obstante, la comparación se efectúa con una modalidad de la compraventa, que es aquella que se realiza con pacto de retroventa. En el fondo, tampoco hay similitud en la especie si dicha venta es real y no encubre un negocio usurario.

3.3. Mutuo y permuta

Habrà mutuo cuando la cosa a recibirse en el futuro sea de la misma especie que la entregada, y permuta si es de distinta especie. En la permuta manual se da algo para conseguir otra cosa, explicándose en una finalidad de cambio; si la entrega de otra cosa se difiere en el tiempo es por una cláusula accidental que no hace a la esencia del negocio, el que puede darse sin que dicha dilación aparezca. En el mutuo, el aplazamiento de la restitución es de la esencia del negocio.

3.4. Mutuo y locación de cosas

La principal distinción reside en la causa genérica de ambos contratos. Pues, en la locación se transfiere el uso o goce de una cosa por un precio determinado, mientras que en el contrato de mutuo se transmite la propiedad de la cosa. En suma, la diferencia sustancial trasunta en que no existe desplazamiento de la propiedad en el contrato de locación, sino de la tenencia.

4. CAPACIDAD

Preliminarmente, corresponde señalar que la capacidad no es un elemento de los contratos, sino que constituye un presupuesto de validez o, como también se denomina, de su consentimiento.

Ahora bien, el Código no trae reglas especiales acerca de la capacidad de los contratantes en el mutuo, por lo que deberá aplicarse los principios generales sobre la materia, contenidos en los arts. 1000 a 1002, y recurrirse, también, al régimen de capacidad de los actos jurídicos (v. arts. 22 a 50 del CCC).

5. ELEMENTOS

Recordemos que los elementos esenciales de los contratos son el consentimiento, el objeto y la causa. A continuación, examinemos cada uno de ellos respecto de la figura en estudio.

5.1. Consentimiento

Como cualquier otro contrato, requiere el consentimiento de las partes para su perfeccionamiento y nacimiento de todos sus efectos.

Se aplican los principios generales reglados en nuestro ordenamiento por los arts. 971 al 983 del CCC.

5.2. Objeto

Dejamos en claro que, en nuestra opinión, el objeto de los contratos en general son los bienes, que comprenden las cosas y los derechos, y los hechos —positivos o negativos— sobre los que recae el contrato.

Partiendo de tal criterio debemos establecer cuáles son aquellas cosas que pueden ser objeto del mutuo.

De conformidad con el artículo 1525 del CCC, la respuesta resulta sencilla. Tal como señala el codificador, las cosas que se entregan por el mutuante al mutuario deben ser fungibles.

Acerca de la fungibilidad de la cosa, el Código Civil y Comercial señala, en el art. 232, que son aquellas "...en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad".

Para MARCADÉ la fungibilidad o infungibilidad depende de la intención. Así, señala que: "Las cosas en sí mismas no son ni fungibles, ni no fungibles. Lo son sólo en el caso particular en que deban ser entregadas a alguno, para ser devueltas después; y la misma cosa puede ser fungible o no fungible según la voluntad de las personas... Se ve, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intención de las partes...".

Si bien el de dinero es el mutuo más utilizado, el objeto de este contrato de ninguna manera se circunscribe a él, sino que puede serlo cualquier cosa que responda a los requisitos establecidos por el Código. Consecuentemente, nos encontramos con dos especies de mutuo, el de dinero y el de otras cosas. Dependiendo del objeto que se trate, nos enfrentamos con diferentes regulaciones, en particular, del régimen de restitución y del modo de fijar intereses (v. art. 1527 del CCC).

5.3. Causa

En el contrato de mutuo, la causa genérica —igual en todos los contratos de la misma naturaleza— está dada por la entrega en propiedad de una cosa, pero bajo la obligación de restituir otra de igual calidad y

misma especie. Asimismo, debe agregarse, en el caso del género oneroso, el pago de los intereses que el mutuante habrá de percibir. En suma, la causa-fin estará dada por su finalidad de crédito.

6. PLAZO

El contrato de mutuo necesariamente requiere de la existencia de un período entre la entrega de la cosa y el cumplimiento de la obligación de restituir a cargo del mutuario.

Tratándose de un contrato cuya finalidad es de crédito o financiación, el plazo en que la restitución deberá producirse deviene un aspecto esencial de esta figura contractual.

Su existencia como característica tipificante se encuentra regulada en el art. 1528 del CCC. Destaca el mentado artículo que, ante la falta de estipulación, el mutuario deberá restituir lo prestado dentro de los diez días de requerirlo el mutuante.

Ahora bien, no existiendo restricción legal, las partes podrán establecer para la restitución el plazo que estimen conveniente en atención a la naturaleza de la cosa prestada.

En apretada síntesis, se puede afirmar que el principio general es el de respeto a lo estipulado por las partes, pero de ello no ocurrir, el mutuante podrá reclamar la restitución en cualquier término.

7. FORMA

Al desarrollar los caracteres de este contrato, anticipamos que el mutuo es no formal, dado que la ley no exige una determinada forma, rigiendo entonces el principio de libertad que emana del art. 1015 del CCC.

Por otra parte, debemos tener presente que cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta se constituye como un medio de prueba para acreditar la celebración del contrato.

8. PRUEBA

El mutuo puede acreditarse por cualquier medio probatorio, tal como lo prescribe el art. 1019 del CCC. En lo particular, remitimos al Capítulo de prueba de los contratos.

9. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Aclaremos, inicialmente, que tratándose de un contrato bilateral surgen obligaciones recíprocas para cada una de las partes intervinientes en el negocio contractual (mutuante y mutuario). Analicemos cada una de ellas.

9.1. Obligaciones del mutuante

De la propia definición que el art. 1525 del CCC nos brinda, podemos extraer las principales obligaciones de las partes.

En el caso del mutuante, resulta sencillo apreciar que su primordial obligación es la de entregar la cosa prometida, con todos sus accesorios que de ella dependan al tiempo de su celebración.

¿Cuál sería la sanción por el incumplimiento del mutuante a la entrega de la cosa? El art. 1526 del CCC, señala que ante el incumplimiento del mutuante, el mutuario podrá exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

En relación con la garantía por vicios redhibitorios, el art. 1530 dispone: "Si la cantidad prestada no es dinero, el mutuante responde por los daños causados por la mala calidad o el vicio de la cosa prestada; si el mutuo es gratuito, responde sólo si conoce la mala calidad o el vicio y no advierte al mutuario". La disposición debe ser coordinada con los principios generales en materia de vicios redhibitorios, teniendo en cuenta las particularidades que presenta el mutuo.

Por la misma razón de que el contrato implica la transferencia de la propiedad de la cosa, el mutuante también responde por evicción en los términos generales sobre la materia.

9.2. Obligaciones del mutuario

Ellas son: obligación de restituir la cosa recibida, en igual cantidad, calidad y especie y, en el caso del mutuo oneroso, obligación de pagar los intereses.

9.2.1. Obligación de restitución

Resulta de la misma definición proporcionada por el art. 1525 del CCC, cuando señala que quien recibe la cosa, se obliga a devolverla en igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

En esta inteligencia, el mutuario se compromete a restituir, por substitución, cosas distintas de las originariamente recibidas, pero de la misma especie y calidad. Si fueran de especie distinta, no se trataría de restitución y, en consecuencia, no habría mutuo.

No obstante lo expuesto, nada obsta a que el mutuario restituya exactamente la misma cosa que recibió (p. ej. porque no las consumió y las conserva), siempre que esas mismas individualidades aún mantengan las características que explícita o implícitamente fueron tenidas en vista al describir el género. No es una

obligación, sino que es una opción que el mutuario posee; y en ello radica la distinción con el comodato, pues, en este último, el objeto contractual resulta ser, *a contrario sensu*, cosas no fungibles (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

9.2.2. Obligación de pagar intereses

Cuando el mutuo fuese oneroso, el mutuario deberá, además de la obligación de restituir la cosa recibida, abonar los intereses.

El art. 1527 del CCC señala que: "Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada. Si el mutuo es de otro tipo de cosas fungibles, los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios, el día del comienzo del período, excepto pacto en contrario... Si se ha pactado la gratuidad del mutuo, los intereses que haya pagado el mutuario voluntariamente son irrepetibles..."

El tema de los intereses presenta múltiples facetas. Examinaremos, aquí, algunas de ellas.

LÓPEZ DE ZAVALÍA enseña que, en nuestro derecho positivo, con la palabra interés se designa a un *quid* que representa el precio por el uso de un capital, al que denominaremos "interés lucrativo"; a un *quid* que sirve de indemnización por el retardo en cumplir una obligación, que denominaremos "interés moratorio"; y a un *quid* que reprime la conducta procesal, al que llamaremos "interés sancionatorio".

Mientras de intereses lucrativos solo cabe hablar en el mutuo oneroso, de intereses moratorios, fundados en el retardo en restituir, corresponde hablar tanto en el mutuo gratuito como en el oneroso.

10. LOS INTERESES EN EL MUTUO ONEROSO. CONCEPTO

En sentido general, se puede decir que interés es el beneficio obtenido de un capital, constituyendo los frutos civiles de éste (v. art. 233 del CCC). El concepto de fruto está vinculado con la condición de accesoriedad; así, los intereses compensatorios son un accesorio del crédito que los produce. Dentro de este concepto no entrarían los intereses moratorios, que no son frutos de la prestación, sino indemnización de los perjuicios ocasionados por el retardo.

10.1. Clases de intereses

Desde el punto de vista de la finalidad, existen diferentes clases de intereses: los compensatorios (pactados entre partes y se pagan por el uso de la cosa) y los moratorios o punitivos (también pactados entre partes y se establecen por el incumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones asumidas por el mutuario).

El compensatorio se fija como la retribución y a su vez ganancia que el acreedor (en este caso, el mutuante) obtiene por el préstamo del dinero (v. art. 767 del CCC). Para ello, se considerará el monto prestado, el plazo de restitución y el riesgo de recupo que asume el mutuante. Por el contrario, el moratorio

se establece para el caso en que el deudor no abone en término los intereses compensatorios y/o no restituya el capital en tiempo y forma (v. art. 768 del CCC).

En sentido estricto, los intereses punitivos se suelen denominar a los moratorios expresamente previstos en el contrato y representan una modalidad de la cláusula penal moratoria (v. art. 769 del CCC). En este sentido, la cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación (v. art. 790 del CCC).

Por otra parte, cabe señalar que es necesario que se cumplan determinados requisitos para que la compensación por la privación en el uso de un bien constituya un interés. Ellos son: a) existencia de una deuda de capital, de la cual el interés sea la ganancia; b) el capital por el cual se paga un interés debe ser de dinero o de cosas fungibles. Sin embargo, existen opiniones que admiten que puede calcularse un interés con respecto a cosas no fungibles, tomando como referencia un valor de estimación que se dé a la cosa; c) el interés es una contraprestación por el uso y goce de un capital, y dependerá del monto de éste. Se distingue de la amortización, que es reintegro parcial del capital mismo.

10.1.1. Extinción de los intereses

Hay que diferenciar la extinción de los intereses vencidos y la de intereses por vencer.

Intereses vencidos: En este caso, la deuda por intereses se extingue por cualquiera de los modos normales por los que se extinguen las obligaciones (pago, novación, compensación, renuncia, transacción, etc.).

Intereses por vencer: Se produce la extinción cuando el crédito que los producía deja de devengarlos, sea por acuerdo de parte o por renuncia del acreedor.

10.1.2. Anatocismo

El anatocismo es el pacto en virtud del cual se dispone la capitalización de los intereses, de forma tal que éstos se suman al capital originario dando como consecuencia nuevos réditos.

El Código Civil y Comercial, en el art. 770, señala que: "No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación".

Por tanto, el Código autoriza el anatocismo en los casos que allí dispone.

11. PRESCRIPCIÓN

El plazo de prescripción del mutuo será de cinco años según el término general previsto por el art. 2560 del CCC, para la acción de cumplimiento del contrato en relación con las cosas a restituirse y al capital, cuando fuere dinerario.

Con relación a los intereses, tendrá que evaluarse en cada caso la previsión del art. 2562, inc. c) del CCC.

CAPÍTULO XXXV - COMODATO. CON LA COLABORACIÓN DE MATÍAS MANUEL PORTOS

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El comodato o préstamo de uso, ha existido en la historia de la humanidad, mucho antes de su regulación legal. Tiene su origen en el derecho romano, en el cual había sido conocido primero como *utendum dare* y luego como *commodatum*.

Su evolución coincide con una primera época en la que se reconocía una acción *in factum* (de hecho) al pretor, quien la ejercía contra quien, estando obligado a restituir algo recibido en préstamo, se negaba a hacerlo. En una segunda etapa, esta acción fue *in ius* (de derecho), con lo cual adquirió su fisonomía contractual.

En este contexto, los juristas romanos lo ubicaron dentro de la categoría de los contratos reales, pues la entrega de la cosa objeto del negocio, era la causa *civilis obligandi*. Si bien esta característica fue la adoptada por VÉLEZ SANSFIELD para el Código Civil ([ley 340](#)), en la actualidad se mutó hacia la categoría de los contratos consensuales.

2. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN

El término comodato proviene de la voz latina *commodatum*, la que a su vez deriva de *commodare*.

Es discutible la etimología de la voz *commodare*; un grupo sostiene que proviene de la gratuidad del *commodum* concedido al receptor y en su consecuencia la raíz se encontraría en *commodum dare*; por otro lado se enseña que su origen proviene del modo *cum modo dare* que cualifica la posición del comodatario en orden al uso de la cosa entregada.

2.1. Definición legal

El Código Civil y Comercial define, en el art. 1533, el contrato en estudio diciendo que: "Hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida".

El comodato es el típico contrato en el que una parte entrega gratuitamente a otra una cosa para que ésta la utilice según lo pactado o de acuerdo con la naturaleza de la cosa entregada.

Por definición es un contrato gratuito, un acto de liberalidad. La gratuidad es de la esencia del contrato. Si el comodatario se obliga a alguna retribución, ya no hay comodato, sino, según cuál sea el tipo de retribución, será locación de cosas o contrato innominado. No se debe confundirse el comodato con el contrato de donación, ya que, entre otras cosas, no está sujeto a las acciones de colación ni de reducción.

Tipifica el comodato, además de la gratuidad, el hecho de que a través de él se concede al comodatario solamente el uso de la cosa. Es decir, el comodatario sólo adquiere un derecho personal de uso y no de goce. Esto claramente se desprende del art. 1536, inc. e) del CCC, el cual dispone que el comodatario deberá restituir la cosa con sus frutos y accesorios en el tiempo convenido.

3. CARACTERES

El contrato de comodato es consensual, bilateral, gratuito, no formal y nominado. Tratándose de un contrato gratuito, no cabe realizar ninguna consideración respecto de la clasificación legal referida a los contratos conmutativos y aleatorios, la que por definición presupone onerosidad (v. art. 968 del CCC).

3.1. Consensual

Cabe recordar que, en nuestro derecho positivo, se eliminó la distinción que el Código Civil ([ley 340](#)) realizaba respecto de los contratos consensuales y reales. Puntualmente, se excluyó la categoría de los reales.

Por este motivo, el comodato se convirtió en un acuerdo consensual, que para su perfeccionamiento requerirá el mero consentimiento de las partes. Es decir, sus efectos se producen desde la aceptación por el comodatario.

En síntesis, la entrega de la cosa se realiza en cumplimiento del contrato (*solvendi causa*) y no configurándolo (*contrahendi causa*).

3.2. Bilateral

Recordemos que los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales, siendo de la segunda especie cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

En atención a ello, claro está que el comodato es un contrato bilateral. Pues, ambas partes se encuentran obligadas. El comodante a entregar la cosa objeto del contrato, y el comodatario a restituirla con sus frutos y accesorios.

A otra conclusión se arribaba cuando el comodato era considerado un contrato real. Pues, el comodante con la entrega de la cosa perfeccionaba el contrato y, en consecuencia, no tenía obligaciones por cumplir, quedando sólo prestaciones a cargo del comodatario.

3.3. Gratuito

Este carácter surge en forma expresa de la definición que del contrato nos brinda el art. 1533 del CCC. El mencionado artículo dispone: "...una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella...".

Se entienden a título gratuito a aquellos contratos que aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo (v. art. 967 del CCC).

El comodato no excluye, por ser gratuito, la posibilidad de que sea realizado en interés de ambas partes (retribución espontánea), situación ésta receptada en la legislación comparada.

3.4. No formal

Para el caso específico del contrato de comodato la ley no exige ninguna forma. Es decir que el contrato de comodato es no formal.

En consecuencia, se aplica a su respecto el principio general de la libertad de formas, contenido en el art. 1015 del CCC.

3.5. Nominado

Dado que el comodato tiene un nombre otorgado por la ley y una regulación autónoma (v. arts. 1533 a 1541 del CCC), afirmamos que es nominado y típico (v. art. 970 del CCC).

4. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS

Para encuadrar mejor el comodato lo compararemos con otras figuras jurídicas con las que pueda tener alguna semejanza, a fin de determinar mejor su esencia.

En el caso del comodato, tomaremos las figuras típicas con las que suele compararse.

4.1. Con la locación

Una de las principales diferencias entre ambas figuras es la onerosidad. Mientras que el contrato de comodato es esencialmente gratuito, la locación por definición es onerosa (v. art. 1187 del CCC).

Conviene asimismo señalar que el comodatario nunca tendrá el goce de la cosa que sí puede tenerlo el locatario.

Por otra parte, el comodato no está sujeto a plazos mínimos y máximos, y puede celebrarse sin plazo determinado.

Más la similitud entre ambos contratos se da por el objeto y por el uso temporario de una cosa ajena. Debemos, sin embargo, aclarar que el objeto de la locación no es totalmente idéntico al del comodato, puesto que pueden locarse las cosas indeterminadas, pero no en comodato.

4.2. Con la compraventa

Son contratos totalmente diferentes, uno —la venta— es onerosa y tiende a transferir la propiedad de una cosa, mientras que el otro —el comodato— es gratuito y sólo concede un derecho personal de uso (tenencia).

La distinción no es tan sencilla en el supuesto de las ventas a satisfacción del comprador. En este caso, la diferencia entre ambas figuras radica en la finalidad de cada contrato.

4.3. Con el mutuo

La comparación posible es con el mutuo gratuito y entre ambos existen semejanzas, pero la diferencia es objetiva, o sea, con relación al objeto, pues atento el art. 1525 del CCC sólo las cosas fungibles pueden darse en mutuo y lo contrario ocurre en el comodato de conformidad a lo dispuesto por el art. 1533 del CCC, con la excepción del art. 1534, pero en este caso estamos en presencia de la infungibilidad convencional.

Por otra parte, el mutuo transfiere la propiedad, tal cual lo dispone el art. 1525 del CCC, y lo contrario se da en el comodato (v. arts. 1533 y 1536, inc. e) del CCC).

4.4. Con la donación

Si bien ambas figuras son gratuitas y por ende implican una liberalidad, la donación tiende a transmitir la propiedad de una cosa mientras que por el comodato sólo se concede su uso.

Por otra parte, el comodato sobre cosas no fungibles, muebles o inmuebles, mientras que la donación puede recaer sobre todo tipo de cosas sin distinción.

4.5. Con el depósito

Tal vez sea una de las comparaciones más complejas, sobre todo cuando pretendemos encontrar diferencias entre el comodato y el depósito regular.

La diferencia debemos encontrarla en la causa-fin. Si la intención fue la guarda estamos en presencia del depósito, más si la misma fue el uso de la cosa nos encontramos frente a un comodato.

5. CAPACIDAD

Sobre el punto, el Código Civil y Comercial suma algunas prohibiciones respecto de las personas que pueden celebrar el contrato de comodato.

Así, el art. 1535 dispone: "No pueden celebrar contrato de comodato: a. los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación; b. los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultades expresas para ello".

El espíritu de esta disposición es vedar las facultades de los representantes para que realicen actos de liberalidad sobre los bienes que administran. La prohibición es la regla y alcanza a cualquier modalidad de representación. La excepción estará dada en los casos de representación convencional y orgánica, cuando el representado hubiera facultado expresamente al representante para la realización del comodato. En síntesis, quienes tienen legitimación para obrar sobre un patrimonio ajeno no pueden gravarlo gratuitamente, porque con ello se causaría un perjuicio.

Además de lo expuesto, deberá aplicarse los principios generales sobre la materia, contenidos en los arts. 1000 a 1002, y recurrirse, también, al régimen de capacidad de los actos jurídicos (v. arts. 22 a 50 del CCC).

6. ELEMENTOS

Recordemos que los elementos esenciales de los contratos son el consentimiento, el objeto y la causa. A continuación, examinemos cada uno de ellos respecto de la figura en estudio.

6.1. Consentimiento

Como cualquier otro contrato, requiere el consentimiento de las partes para su perfeccionamiento y nacimiento de todos sus efectos.

Este acuerdo de voluntades se concreta, como sabemos, cuando la propuesta de una de las partes es aceptada por la otra.

El Código Civil y Comercial no trae norma especial sobre el consentimiento en el caso del comodato, por lo que se regirá por los principios generales reglados en nuestro ordenamiento por los arts. 971 al 983 del CCC.

6.2. Objeto

El objeto del contrato de comodato son las cosas no fungibles de conformidad con lo establecido por el art. 1533 del CCC. Sin embargo, también, podrán darse en comodato cosas fungibles, siempre y cuando se restituya esas mismas e idénticas cosas y no otras. Es decir, cuando se prohíba su fungibilidad de acuerdo con lo dispuesto por el codificador en el art. 1534 del CCC.

En suma, lo que va a determinar la posibilidad de que una cosa fungible sea objeto del contrato de comodato, va a ser la voluntad de las partes. Si se convino que la restitución debía hacerse por devolución *in idem corpus* es comodato, si aquella debe hacerse por sustitución, es decir, su equivalente, será un mutuo.

6.3. Causa

En el contrato de comodato, la causa genérica —igual en todos los contratos de la misma naturaleza— consiste en una liberalidad para usar temporalmente una cosa, que debe luego restituirse.

Ello no excluye otras finalidades que pueden incluso coexistir con el ánimo de liberalidad del comodante, ya que éste indirectamente puede beneficiarse con el préstamo, sin que por ello se altere la finalidad esencialmente altruista del comodato.

Por su parte, el uso para el cual se presta tiene la función de los motivos relevante y el Código, en este sentido, señala que la cosa puede usarse conforme al destino convenido. A falta de convención, el comodatario puede darle el destino que tenía al tiempo del contrato, el que se da a cosas análogas en el lugar donde la cosa se encuentra, o el que corresponde a su naturaleza.

7. FORMA

Al desarrollar los caracteres, anticipamos que el contrato de comodato es no formal, dado que la ley no exige una determinada forma, rigiendo entonces el principio de libertad que emana del art. 1015 del CCC.

Por otra parte, debemos tener presente que cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta se constituye como un medio de prueba para acreditar la celebración del contrato (v. art. 969 *in fine* del CCC).

8. PRUEBA

Afirmamos que el concepto de la prueba se encuentra íntimamente unido con el de la demostración y en consecuencia, la prueba de los contratos implicará demostrar su celebración y contenido.

El Código Civil y Comercial regula la prueba de los contratos en el capítulo VIII del Título II de la sección V del Libro III, en los arts. 1019 a 1020, ello sin perjuicio de la aplicabilidad de normas generales sobre prueba referidas a los actos jurídicos.

En suma, el comodato puede acreditarse por cualquier medio probatorio, tal como lo prescribe el art. 1019 del CCC.

9. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Inicialmente, corresponde señalar que tratándose el comodato de un contrato bilateral surgen obligaciones recíprocas para cada una de las partes intervinientes en el negocio contractual (comodante y comodatario).

El Código Civil y Comercial contempla sus obligaciones en algunas normas que corresponde analizar.

9.1. Obligaciones del comodante

De conformidad con el art. 1540 del CCC, el comodante se encuentra obligado a: a) entregar la cosa en el tiempo y lugar convenidos; b) permitir el uso de la cosa durante el tiempo convenido; c) responder por los daños causados por los vicios de la cosa que oculta al comodatario; d) reembolsar los gastos de conservación extraordinarios que el comodatario hace, si éste los notifica previamente o si son urgentes. Analicemos, brevemente, cada una de las obligaciones mencionadas.

a) La obligación de entrega de la cosa es señalada en la propia definición del contrato (v. art. 1533 del CCC). Consiste en una típica obligación de dar, por lo que se aplicará, a su respecto, el régimen previsto en los arts. 746, 759 y concs. del CCC.

b) Ésta obligación protege el derecho del comodatario al uso de la cosa entregada por el comodante. Se trata de una obligación de hacer, semejante a la del locador, aunque con las limitaciones propias del comodato de acuerdo con su función económica-social.

c) En cuanto a la obligación de reparar los daños causados por los defectos ocultos de la cosa, si habiéndolos conocido el comodante no previno de ellos al comodatario, deberá responder por los perjuicios que este último sufriera como consecuencia de aquéllos. SALVAT, con acierto, agrega que, además, será necesario que el comodatario no hubiera conocido los vicios de la cosa, ya que de saberlos, no tendrá derecho a reclamar.

d) Se deben distinguir estos gastos de los comúnmente realizados para la conservación de la cosa, que están a cargo del comodatario de acuerdo con lo normado por los arts. 1536, inc. b) y 1538 del CCC. Para poder el comodatario cobrar los gastos extraordinarios, deberá acreditar el aviso al comodante y probar que no se trataba de gastos de conservación ordinarios de la cosa.

9.2. Obligaciones del comodatario

Según el art. 1536 del CCC, el comodatario asume las siguientes obligaciones: a) usar la cosa conforme al destino convenido; b) pagar los gastos ordinarios de la cosa y los realizados para servirse de ella; c) conservar la cosa con prudencia y diligencia; d) responder por la pérdida o deterioro de la cosa, incluso causados por caso fortuito, excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante; e) restituir la misma cosa con sus frutos y accesorios en el tiempo y lugar convenidos.

Analicemos, brevemente, cada una de las obligaciones mencionadas.

a) El comodatario adquiere un derecho personal de uso, el cual no debe ser confundido con el derecho real de igual calificación. Según la norma, el ejercicio de este derecho debe ser acorde a lo expresamente estipulado por las partes en el contrato, y a falta de convención expresa, a aquel que tenía al tiempo del contrato, o bien el que se da a cosas análogas en el lugar donde se encuentra, o el que corresponde a su naturaleza.

Una vez más, debemos recordar que sólo se concede el uso de la cosa, mas no su goce. Los frutos que se produzcan no podrán ser percibidos por el comodatario, quien deberá entregárselos al comodante.

b) La obligación de afrontar los gastos ordinarios y los necesarios para servirse de la cosa resultan ajustados a derecho, por cuanto son realizados para su utilidad, que obtiene sin contraprestación. De este modo, el comodatario no puede repetir aquellos gastos, pues lo gastado por éste para poder usar de la cosa y servirse de ella conforme a lo pactado debe quedar a su cargo como una consecuencia del derecho de uso que le corresponde (v. art. 1538 del CCC). El fundamento es la gratuidad del préstamo de uso, por ser el comodato un contrato de beneficencia.

La obligación de solventar los gastos comprende las erogaciones comunes efectuadas para la conservación, mantenimiento y reparación de la cosa, así como también las generadas por la utilización del bien prestado.

c) El comodatario tiene el deber de conservar la cosa según la naturaleza de la misma, para no incurrir en culpa y responder por los deterioros que esta negligencia ocasione. El *sub examine* debe ser entendido en consonancia con el art. 1724 del CCC, a cuyo tenor: "...La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión..."

La prudencia y diligencia son, pues, pautas que aluden a la actuación jurídicamente exigible. Proceder sin ellas significa que no se ha hecho lo que se debía y que se ha violado el necesario actuar.

En suma, conservar la cosa con prudencia y diligencia se traduce en el corolario de responder del deterioro que por su culpa sufra la cosa. No existe culpa si el deterioro reconoce su causa en el uso correcto de la cosa, o cuando el deterioro tiene por causa la propia calidad, vicio o defecto del objeto del comodato.

La obligación de conservar la cosa involucra: 1) la de evitar que la cosa experimente deterioros o daños; 2) la de guardar la cosa; 3) la de usar la cosa, cuando del no uso pudiera derivarse un deterioro, pues ello implicaría un incumplimiento de la obligación de conservar.

d) El comodatario debe responder por los daños derivados de su hecho personal como de los hechos culpables de sus dependientes. Puede tratarse de un deterioro (destrucción parcial), del perecimiento (destrucción total) o de la pérdida (extravío). La ley no habilita la liberación del deudor por caso fortuito.

Sólo podrá eximirse de responder cuando acredite que la cosa prestada también se hubiera perdido o deteriorado estando en poder del comodante.

El incumplimiento de la obligación de usar la cosa conforme a derecho, constituye un supuesto de responsabilidad subjetiva, porque implica una infracción a los deberes de diligencia.

e) Es obligación del comodatario restituir la cosa una vez concluido el uso de la misma; si hay varios comodatarios, pueden ser demandados por el todo cualquiera de ellos, porque la obligación es solidaria de acuerdo a lo establecido por el art. 1536, *in fine*, del CCC.

El comodatario no podrá negarse a devolver la cosa alegando que ella no le pertenece al comodante, excepto que se trate de una cosa perdida por el dueño o hurtada a éste. Si el comodatario sabe que la cosa que se le ha entregado es hurtada o perdida, debe denunciarlo al dueño para que éste la reclame judicialmente en un plazo razonable.

La devolución de la cosa, en principio, debe ser realizada al comodante, y en el mismo estado que la recibió; salvo el deterioro que hubiera sufrido por su normal uso. En cuanto al tiempo de la devolución, si se estipuló un plazo para la restitución de la cosa, vencido éste deberá el comodatario entregarla. Si la cosa se prestó para cumplir un servicio determinado, una vez que éste se haya cumplido, la misma deberá devolverse. Si la duración del contrato no está pactada ni surge de su finalidad, el comodante puede reclamar la restitución en cualquier momento (v. art. 1536, inc. e., *in fine*, del CCC).

En algunos casos el comodante podrá solicitar la devolución de la cosa antes del vencimiento del plazo. Así, si el comodante la necesita imprevista y urgentemente, podrá exigir la devolución de la cosa al comodatario en cualquier tiempo. Esta circunstancia es una cuestión de hecho sujeta a la determinación judicial y deberá ocurrir después de celebrado el contrato (v. art. 1539, inc. a. del CCC).

También podrá el comodante exigir la restitución de la cosa antes del plazo estipulado cuando el comodatario la usa para un destino disímil al pactado (v. art. 1539, inc. b. del CCC).

10. EXTINCIÓN

El comodato se extingue, conforme al art. 1541 del CCC, por las siguientes causales: a. por destrucción de la cosa. No hay subrogación real, ni el comodante tiene obligación de prestar una cosa semejante; b) por vencimiento del plazo, se haya usado o no la cosa prestada; c) por voluntad unilateral del comodatario; d) por muerte del comodatario, excepto que se estipule lo contrario o que el comodato no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona.

a) Se trata de un supuesto de imposibilidad de cumplimiento, de conformidad con el art. 955 del CCC; aunque con los matices propios del comodato, esto es, la beneficencia.

La prohibición normativa de la subrogación real —sustitución jurídica de un bien por otro semejante— tiene su fundamento en la infungibilidad de la cosa dada en préstamo. Recordemos que el objeto de este contrato son las cosas no fungibles. Para AUBRY y RAU, la subrogación real constituye una ficción, pues se basa en la fungibilidad de los elementos de un patrimonio. Estos autores sostuvieron que todo valor que entra en una universalidad jurídica se encuentra subrogado de derecho al que reemplaza; por el contrario, cuando se trata de bienes individualmente considerados, la subrogación real no puede ser admitida, en principio, hace falta una decisión legal o una decisión de partes.

b) Constituye el medio natural de extinción del contrato de comodato y opera, además, como requisito para que sea exigible la obligación a cargo del comodatario. La responsabilidad es la que deriva del incumplimiento relativo por retardo imputable al deudor (v. arts. 886 y 1716 del CCC). Por último, cabe mencionar que el plazo puede ser expreso o tácito.

c) El comodato se celebra en interés del comodatario, por lo que éste siempre tendrá derecho a extinguir el contrato por su sola voluntad. Implica un supuesto de rescisión unilateral del contrato, de acuerdo con lo establecido por los arts. 1077 y concordantes del CCC.

La restitución deberá ejercerse de modo tal que no sea intempestiva para el comodante.

d) En principio, se presume que el contrato de comodato se celebra *intuitu personae*. La beneficencia generalmente es realizada teniendo en cuenta las condiciones personales del beneficiario. A raíz de ello, el fallecimiento del comodatario habilita al comodante a dar por extinguido el comodato y a exigir la restitución de la cosa prestada.

La ley, sin embargo, prevé la posibilidad de que el contrato no se extinga no obstante el fallecimiento del comodatario. Para que ello ocurra será necesario dejarlo asentado en el contrato o que surja de modo inequívoco que el préstamo no fue otorgado en consideración exclusiva de la persona del comodatario

CAPÍTULO XXXVI - DONACIÓN. CON LA COLABORACIÓN DE CARLOS MARTÍN DEBRABANDERE

1. CONCEPTO Y NOCIONES GENERALES

El contrato de donación se verifica a partir de la obligación que asume una de las partes —llamada donante— de transmitir gratuitamente un bien mueble o inmueble a otra —donatario—, y esta última la acepta.

Así se establece en el art. 1542 del CCC cuando se plasma que: "Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta".

En sus antecedentes la donación aparece en Roma como un verdadero contrato traslativo gratuito. Admitía que el donante disminuiría su patrimonio a partir de la liberalidad en la que incurría y, en consecuencia, se aumentaría el de su destinatario (donatario) quien sólo debía aceptarla y no debía contraprestación alguna. Se basaba, al igual que en nuestros tiempos, por razones de amistad, gratitud, razones religiosas o culturales, amorosas, etc.

Sin bien no puede soslayarse que se emparentó en muchas legislaciones con el derecho sucesorio a partir de las disposiciones de última voluntad, VÉLEZ SARSFIELD incorporó a la donación al Código Civil argentino como un verdadero contrato.

Entre los aspectos tipificantes del contrato corresponde mencionar:

a) Existencia de *animus donandi*, es decir, ánimo de donar o beneficiar a otro. En el caso, el donante que decide favorecer o enriquecer con espíritu de liberalidad al transmitir una cosa al donatario.

b) Transferencia del dominio de la cosa de modo gratuito.

c) Acertadamente desde su nueva concepción en el Código Civil y Comercial no se menciona, como lo hacía el anterior Código Civil que el acto sea "entre vivos". Lógicamente que tratándose de un contrato sólo podría llevarse a cabo entre personas vivas. De todos modos, el fundamento a esta precisión tuvo su fundamento en la confusión, discusión y emparentamiento con la figura del testamento que en la actualidad

está descartada, no porque no exista —claro está— sino porque la donación es abarcada desde la órbita contractual mientras que las disposiciones de última voluntad se reservan al campo del derecho sucesorio.

Las partes, como se vio, son el donante, es decir, quien se obliga a entregar o transferir el dominio de una cosa de modo gratuito. Y el donatario, que es el sujeto que deberá aceptar la donación para transformarse en acreedor de la cosa que se promete.

Desde un punto de vista práctico, nuestras vidas se encuentran rodeadas de constantes donaciones. Es decir, no sólo debemos pensar en actos jurídicos de una importante cuantía económica como podría ser un inmueble o un automotor, también hay donación cuando invito (y dono) un café a un amigo, o compro alguna golosina en un kiosco para alguien, cuando hago un obsequio como una prenda de vestir, una bebida, un libro, un ramo de flores, etc.

2. CARACTERES

Advertimos las siguientes características:

a) *Es un contrato consensual.* Definitivamente se perfecciona con el consentimiento de las partes, con la fusión de voluntades. Requerirá de la oferta del donante que tendrá que, necesariamente, ser aceptada por el donatario. Por más que incluso el donante envíe la cosa que pretende donar al destinatario, si este último no acepta no hay consentimiento y, por tanto, tampoco contrato.

b) *Gratuito.* No existe ventaja alguna para el donante quien incurre en una verdadera liberalidad. El donatario se ve beneficiado no debiendo dar cumplimiento a ninguna prestación de su parte. Cabe aclarar que si bien toda donación constituye una liberalidad no todas las liberalidades son donaciones. Existe una relación de género y especie, puesto que existen muchas liberalidades como, entre otras, la omisión voluntaria para perder una servidumbre, dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario, renunciar a una prenda, que, en definitiva, no son donaciones. Sin embargo, a estos supuestos mencionados de aplicarán —subsidiariamente— las normas de las donaciones (art. 1543 del CCC).

Excepcionalmente, podría tener algún efecto propio de los contratos onerosos como ocurre por ejemplo en el supuesto de una donación remuneratoria que más adelante se analizará (art. 1544 del CCC).

c) *Unilateral.* La única prestación u obligación está a cargo del donante que es la entrega de la cosa (la transmisión de su dominio). Excepcionalmente, el donatario se podría comprometer al ejercicio de alguna obligación como por ejemplo el cumplimiento de un cargo. Sólo en un supuesto así podría tildarse de bilateral, aunque cabe precisar que mayormente la doctrina sostiene el carácter unilateral puesto que el cargo es asumido como una obligación accesorio o secundaria.

d) *Es de ejecución instantánea, aunque de cumplimiento inmediato o diferido.* La obligación del donante se consume en la misma entrega de la cosa. Sin embargo, dicha prestación (la entrega) puede ser inmediata a la celebración del negocio o prevista para ser cumplida en un tiempo futuro (diferida).

e) *Es un negocio nominado.* Posee una regulación específica en el Código Civil y Comercial.

f) *En general, como principio, es un contrato no formal.* Sin embargo, admite tres importantes excepciones. Se requerirá de escritura pública, bajo pena de nulidad, cuando se donen inmuebles, prestaciones periódicas o vitalicias y cuando se transmitan bienes muebles registrables (art. 1552 del CCC).

3. COMPARACIÓN CON FIGURAS AFINES

a) *Compraventa*. Con dicho contrato comparten una estructura idéntica, donde una de las partes se compromete a transmitir el dominio de una cosa como objeto material. Sin embargo, la donación siempre será gratuita y ahí su principal distingo con la compraventa. Además, tratándose de un contrato unilateral y gratuito, no se aplicarán, en principio, los efectos propios de los contratos bilaterales y onerosos como ocurre con el negocio que se compara.

b) *Comodato*. Este particular préstamo de uso tiene por finalidad favorecer al destinatario (comodatario). Sin embargo, no se transmite el dominio de las cosas (bienes inmuebles o muebles no fungibles ni consumibles), debiendo restituirse finalizado el negocio al comodante. Se trata de un típico negocio de administración mientras que la donación es de disposición.

c) *Con el mutuo*. También éste es un préstamo pero de consumo. Su objeto son las cosas fungibles o consumibles cuyo dominio, en definitiva, se transmite al mutuuario quien deberá devolver igual cantidad, calidad y especie de lo recibido (ej. dinero, cereales, etc.). Si bien es cierto que este negocio puede ser gratuito y aquí su mayor cercanía a la donación, en la última no cabe la devolución de lo entregado.

d) *La cesión de derechos*. Aun cuando se puntualice en la cesión gratuita como negocio que posee mayores puntos en común. Lo cierto es que el objeto en la cesión son los derechos. Como tales carecen de materialidad como ocurre con las cosas. Así un derecho de autor no puede ser donado, sólo puede ser cedido gratuitamente.

4. CLASES DE DONACIONES

Conforme establece el Código Civil y Comercial en su Sección 3ª del Capítulo 22, entre las donaciones particulares se encuentran:

a) Las donaciones mutuas

En el art. 1560 del CCC se establece que: "En las donaciones mutuas, la nulidad de una de ellas afecta a la otra, pero la ingratitud o el incumplimiento de los cargos sólo perjudican al donatario culpable".

Dichas donaciones se configuran cuando ambas partes (donante y donatario) se realizan "mutuamente" la entrega de cosas en un solo y mismo acto. Si bien podría encontrar algún punto en común con la permuta, lo cierto es que en este último caso se trata de un contrato oneroso donde existe cierta "identidad económica" entre las cosas que se intercambian. Es decir si intercambio un automóvil por otro, razonablemente, tendrán un valor aproximado. En cambio, en la donación mutua el valor económico de las cosas que se transmiten pueden ser bien distintos.

Además, en la permuta hay un solo contrato bilateral mientras que en la donación mutua hay dos negocios distintos pero interconectados. De allí que la nulidad de uno acarrea la del otro, por ejemplo, pero con los alcances del art. 1560 del CCC, *supra* reseñado.

b) Donaciones remuneratorias

Son donaciones remuneratorias las realizadas en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, apreciables en dinero y por los cuales el segundo podría exigir judicialmente el pago. La donación se juzga gratuita si no consta en el instrumento lo que se tiene en mira remunerar (art. 1561 del CCC).

No cualquier donación será reputada "remuneratoria". Para ello habrán de cumplirse los recaudos establecidos por la norma. A saber:

i) *Que se hagan en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario.*

En primer término, cabe precisar que lo recibido por el donatario se hace en concepto de "recompensa". Es la gratitud del donante por el servicio prestado que lo moviliza a efectuar un regalo, una donación. Nunca se debe hablar de "precio" o, incluso, contraprestación puesto que involucrarían otros negocios como podrían ser los contratos de obra o servicios.

Además, resulta verdaderamente importante tener en cuenta que la recompensa tiene su razón de ser en el servicio. Caso contrario se trataría de una donación simple y no cabría su rótulo de remuneratoria.

ii) *Que los servicios sean estimables en dinero.*

Dicha cuantificación del servicio se vinculará con el requisito siguiente vinculado a la posibilidad de cobro.

iii) *Que quien prestó el servicio bien podía exigir el pago por brindar su prestación acción judicial para el cobro.*

Otro aspecto vinculante de la donación remuneratoria es que el servicio prestado y que motivó la recompensa, sea realizado por un profesional o por alguna persona cuyo acto hace a su modo de vivir, de ganarse la vida. Es decir, que quien presta el servicio bien pudo cobrar pero, sin embargo, decidió no hacerlo.

A efectos ilustrativos, si somos asistidos por un médico, admitimos que deberemos abonar la consulta. Lo mismo ocurriría si concurrimos a un estudio jurídico para recibir el asesoramiento de un abogado. También podríamos llevar un automotor al mecánico y también cobrará por la inspección o arreglo. En todos estos casos, les asisten (a quienes brindan el servicio) el derecho de cobro, por tanto, bien podrán demandar el pago judicialmente si no lo efectivizamos. No obstante, no deciden cobrarnos y en muestra de gratitud y recompensa de ese servicio, donamos alguna cosa.

Ahora bien, si el médico que en primer término nos asistió, por un vínculo de amistad nos visita en nuestra casa y de propia voluntad decide una tarde efectuar tareas de jardinería (siendo médico), ese "servicio" no hace a su modo de vivir ni a su profesión, por lo que si le obsequiamos en gratitud una botella de un buen vino no incurriremos en una donación remuneratoria sino en una simple.

iv) *Requiere de forma escrita.*

A los efectos probatorios requerirá del instrumento pertinente puesto que de lo contrario se admitirá la presunción de una donación simple. Si un médico atiende a un paciente, no le cobra y este último decide hacerle un regalo en recompensa del servicio prestado, la instrumentación del negocio impide que el galeno pretenda cobrarle posteriormente por la atención brindada. En cambio, si el obsequio (donación) no se instrumenta bien podría el médico pretender luego sus honorarios.

Ahora bien, efectuada las distinciones previas, el art. 1561 del CCC, en su última parte, establece que: "...La donación se juzga gratuita si no consta en el instrumento lo que se tiene en mira remunerar". Salvo este supuesto, el acto debe calificarse como oneroso hasta la equivalencia del servicio. Es decir, si la consulta médica equivalía a \$ 500 y el galeno decide no cobrarnos y ello motiva que le regalemos una camisa de \$ 900, hasta la primera cifra (500) al acto se le aplicarán los efectos propios de los contratos onerosos, mientras que la liberalidad (gratuidad) se vinculará al excedente. En nuestro ejemplo, los \$ 400 restantes.

En este último sentido, el art. 1564 del CCC prescribe que: "Las donaciones remuneratorias o con cargo se consideran como actos a título oneroso en la medida en que se limiten a una equitativa retribución de los servicios recibidos o en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada los cargos impuestos. Por el excedente se aplican las normas de las donaciones".

En consecuencia, en el marco de la onerosidad puede aplicarse la evicción o los vicios redhibitorios.

c) Donaciones con cargos

Según prevé el art. 1562 del CCC, "En las donaciones se pueden imponer cargos a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones. Si el cargo se ha estipulado en favor de un tercero, éste, el donante y sus herederos pueden demandar su ejecución; pero sólo el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo. Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho para reclamar al donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario".

Se denomina cargo a la obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad (BORDA). Este cargo puede constituir en la entrega de una cosa o una actividad (obligaciones de dar y hacer).

Requiere estar expresamente pacta la obligación accesoria, caso contrario la existencia de un cargo no se presume.

Con el cargo se puede beneficiar al mismo donante o un tercero. No impide que sea el donatario el destinatario de dicho beneficio aunque resulta menos usual que en los otros supuestos (ej. la donación de un auto al donatario bajo la condición resolutoria que debe recibirse de arquitecto en un plazo determinado).

Como se expuso, el destinatario del ejercicio del cargo (como obligación accesoria) es el donatario. Sin embargo, si no cumple los efectos que se generan son los siguientes:

a) *Cumplimiento*: Podrá ejercerse la acción exigiendo el cumplimiento forzado. Son sus legitimados activos: el donante, sus herederos, los beneficiarios del cargo, acreedores por vía de la acción subrogatoria.

El legitimado pasivo es el donatario y, en su defecto, los herederos salvo que el cargo involucre una obligación cuya naturaleza fuese *intuitu personae*.

El donatario responderá por incumplimiento con la cosa objeto del contrato, por lo que podrá librarse del contrato devolviendo la cosa o su equivalente en dinero si no fuera posible la restitución. También se libra del cumplimiento del cargo si la cosa perece sin su culpa (art. 1563 del CCC).

b) *Acción de revocación*: Como acción personalísima, son sus únicos legitimados activos el donante y sus herederos. Admite la extinción del vínculo por falta de cumplimiento del cargo.

En otro orden, en similar sentido a las donaciones remuneratorias, con relación al margen de onerosidad (art. 1564 del CCC) se le aplicarán la evicción, vicios redhibitorios e incluso la misma teoría de la lesión. Sin embargo, no puede ser atacada por inoficiosidad.

d) Donaciones inoficiosas

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1565 del CCC "Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos del Código sobre la porción legítima".

En nuestro país sólo se puede donar hasta la porción disponible, puesto que en la medida que se exceda esa porción se afecta la "legítima" de los herederos forzosos, es decir, aquellas personas instituidas por la ley a suceder a otras (ej. los hijos son herederos forzosos de sus padres).

Según el art. 2445 del CCC "La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio...".

Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición de la herencia según el estado del bien a la época de la donación.

Por tanto, un sujeto puede donar un bien en la medida que no afecte la legítima de su heredero quien, eventualmente, puede estar interesado en recuperar todo aquello dado en demasía.

En tal orden, la parte disponible del donante (teniendo hijos) será de un tercio (33,33%) ya que los dos tercios restantes conforman la parte legítima de sus descendientes. Si la donación superara tal parámetro los herederos no pueden dejar sin efecto la donación sino plantear la acción de reducción por inoficiosa. Es decir, una herramienta que tiene a exigir la devolución de lo dado en demasía hasta el límite del tercio disponible.

Así es que el art. 2452 del CCC prescribe que: "A fin de recibir o completar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata".

5. CAPACIDAD

Se exige la capacidad para contratar y, particularmente para el donante, la aptitud para disponer. Todo aquel que quiera efectuar una donación debe contar con facultades plenas para disponer sus bienes. Los emancipados no pueden donar las cosas recibidas a título gratuito. Así se dispone en el art. 1548 donde se establece que: "Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes. Las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del inc. b) del art. 28".

Por su parte, para aceptar donaciones requerirá la misma capacidad de contratar. En caso de incapacidad se requerirá del representante.

No obstante, el representante (tutor, curador) no podrá ejercer válidamente su función si se tratase de donaciones con cargo, puesto que a tenor de su carácter oneroso al asumir una obligación accesorio (de dar o hacer) requerirá de autorización judicial.

Al respecto el art. 1549 dispone que: "Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o del representante es con cargo, se requiere autorización judicial".

Finalmente, para que un tutor o curador pueda aceptar la donación de quien representó, debe efectuar en forma previa rendición de cuentas y pago de todo aquello que pudieran adeudar a sus pupilos o curados (art. 1550 del CCC).

6. ELEMENTOS

6.1. Consentimiento

La donación requiere de acuerdo de voluntades a partir del consentimiento. Es decir, se necesitará de una oferta o propuesta formulada por el donante con todos los elementos constitutivos del negocio que deberá ser aceptada por el donatario.

La oferta realizada en forma separada a varios sujetos se perfeccionará siempre que cada uno de ellos acepte la propuesta en la medida del objeto donado.

En caso de donaciones formuladas de manera conjunta la aceptación de uno o algunos se aplica a la donación entera. Empero, no hay derecho a acrecer, salvo pacto en contrario. Esto es, si una donación (ej. suma de dinero) se realiza a cinco sujetos y uno de ellos no acepta, no tienen derecho los restantes cuatro de acrecentar su porción. Sólo si se pactase la posibilidad de aumentar se estaría frente a un caso idéntico al de las solidarias que sí lo permiten (art. 1547 del CCC).

Con relación a la aceptación, ésta puede ser expresa (por escrito o verbal) o tácita (cuando se vincule a actos que permitan presumirla).

Conforme la letra del art. 1545 del CCC, "La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario".

Algo que precisa la norma es la sujeción a las formas. Esto es, si la ley exige la formalidad solemne absoluta para la donación de bienes inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias, lógicamente que la aceptación deberá plasmarse también por escritura pública.

Por otra parte, el consentimiento debe darse en vida del donante y donatario. A diferencia de lo que ocurría con el viejo régimen el nuevo Código viene a restringirlo en la última parte del art. 1545 como así también puntualizará que estarán prohibidas las donaciones hechas bajo condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante (art. 1546 del CCC).

Antes podía el donante efectuar su propuesta negocial, pero su fallecimiento no impedía que aún muerto, el donatario aceptase y, de este modo, obligaba a los herederos al cumplimiento de la entrega. Conforme la nueva redacción esta posibilidad se encuentra vedada.

6.2. Objeto

La cosa objeto de la donación, responde a las características exigidas para el objeto de la compraventa.

Debe tratarse de un objeto material (por lo que se excluyen los derechos), determinado o determinable, posible, lícito, no contrario a la moral y las buenas costumbres.

Como principio no se admite la donación de todos los bienes presentes. La excepción está dada ante los supuestos que el donante se reservase el usufructo de las cosas donadas o una parte que permitiese su subsistencia.

Con relación a los bienes futuros, la donación es nula. La finalidad es protectoria tendiente a evitar la prodigalidad (LORENZETTI). Son futuros los bienes que al tiempo de la celebración del negocio no existen en el patrimonio del donante.

Sobre supuestos de bienes presentes y futuros regula el art. 1551 que: "La donación no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia".

Asimismo, de la norma puede extraerse que indirectamente se está prohibiendo la donación de cosa ajena. Dicha conclusión debe arribarse de la expresión que impide donar las "... cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar". De allí no sólo debe pensarse en las cosas futuras sino también las ajenas.

En el caso de cosas que no pertenecen al donante (ajenas) debe entenderse como nula. Como en la donación no se debe garantía por evicción (como principio), el donante de cosa ajena carece de toda responsabilidad, a menos que hubiese habido mala fe (BORDA).

6.3. Causa

La causa es entendida como la finalidad perseguida por las partes, el motivo determinante. En el caso de la donación cabe precisar en el *animus donandi*, es decir, en el espíritu de beneficiar que existe en el donante respecto del donatario. Que de modo desinteresado (siempre que se trate de donación simple) dispone gratuitamente de un bien que forma parte de su patrimonio para que el destinatario se convierta en su nuevo dueño y pueda aprovecharlo.

7. FORMA Y PRUEBA

El contrato de donación es un contrato consensual, es decir, se perfecciona con el mero consentimiento o acuerdo de voluntades. Con la oferta y la aceptación queda perfeccionado y, desde entonces, genera sus efectos propios.

La donación como pauta general no será admitida como formal. Por tanto, podrán las partes llevar adelante la donación de modo verbal, escrito, etc.

Sin embargo, en el art. 1552 del CCC se establece que deben hacerse por escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias.

Se trata de una formalidad solemne absoluta por lo que se excluye la conversión del acto jurídico, sin poder subsanar el negocio que se pretenda otorgar sin el cumplimiento de la forma prevista.

Asimismo, con el nuevo Código se incorpora el supuesto de los bienes muebles registrables que no se admitía como formal absoluto bajo la redacción del antiguo art. 1810 del Código Civil ([ley 340](#)).

De igual modo, la nueva redacción viene a deslindar en artículo siguiente (art. 1553 del CCC) las donaciones hechas al Estado (sea nacional, provincial y municipal). Estas donaciones también son formales pero basta para su existencia, validez y prueba las constancias del pertinente expediente administrativo.

Con relación a la prueba de los supuestos del art. 1552 del CCC, se requerirá, lógicamente, de la escritura pública siempre que se trate de las partes. Ahora bien, con relación a terceros que tengan algún interés en probar la existencia de la donación (ej. para interponer una acción de reducción por inoficiosidad) pueden valerse de cualquier medio probatorio.

Para el resto de las donaciones cualquiera de los medios probatorios que permitan demostrar la existencia y alcance del vínculo podrán ser empleados por las partes (instrumentos privados, confesión, etc.).

8. EFECTOS

8.1. Obligaciones del donante

El donante está obligado a:

a) *Entregar la cosa*. Resulta la principal prestación a la que se ha comprometido. Desde que le es exigida la entrega, si no cumple, incurre en mora y, desde luego, se confiere acción personal al donatario para exigir su cumplimiento (art. 1555 del CCC).

b) *Garantía de evicción y vicios redhibitorios*. Como pauta elemental, tratándose de un contrato gratuito el donante no garantizará por evicción y vicios ocultos. Sin embargo, se presentan excepciones cuando: se pactó expresamente; existió mala fe o dolo del donante; cuando la evicción la produce el donante; cuando se trate de donaciones mutuas, remuneratorias y con cargo (en la medida de su onerosidad) (arts. 1556, 1557 y 1558 del CCC).

Con relación al alcance de la garantía de evicción la ley puntualiza en el art. 1557 del CCC que el donante se obliga a indemnizar al donatario los gastos en que éste incurrió.

Si fuera mutua, remuneratoria o con cargo, el donante deberá reembolsar además del valor de la cosa por él recibida, lo gastado en el cumplimiento del cargo, o retribuir los servicios recibidos, respectivamente.

Asimismo, si la evicción proviene de un hecho posterior a la donación imputable al donante, éste debe indemnizar al donatario los daños ocasionados.

Cuando la evicción fuese parcial, el resarcimiento se reduce proporcionalmente.

c) *Obligación de prestar alimentos*. Tratándose de una donación gratuita, es decir, en la medida que no concurren casos de onerosidad (ej. donación remuneratoria) el donatario tiene la obligación de prestar

alimentos al donante. Dicha obligación nace con la donación y se materializará en la medida que no tenga medios mínimos de subsistencia (art. 1559 del CCC). Además, pese a que no lo expone la norma, entendemos de conformidad con lo regulado por el viejo régimen del Código Civil ([ley 340](#)), no deben existir parientes obligados respecto de los cuales el donante deba recurrir en modo previo.

El incumplimiento del deber alimentario actualiza la facultad del donante de revocar el contrato o pedir el cumplimiento de esa obligación (LORENZETTI). El donatario puede liberarse devolviendo la cosa donada o el valor de ella si la hubiese enajenado o fuese imposible su restitución (art. 1559 del CCC).

9. EXTINCIÓN

Como en todo contrato la forma natural de extinción del vínculo se da a través del cumplimiento (entrega de la cosa).

Sin embargo, otras vicisitudes podrían presentarse tales como la rescisión, la revocación o la reversión. Incluso, pese a no extinguirse, podría ser reducida a través de la acción de reducción por inoficiosidad.

9.1. Revocación

La revocación, contemplada en el art. 1077 del CCC, la hemos definimos como un modo anormal de extinción contractual de ejercicio unilateral. Por tanto, es ejercida por una sola de las partes y sólo en aquellos supuestos estipulados legalmente.

La revocación puede calificársela de excepcional y procede en los siguientes supuestos previstos en el art. 1569 del CCC:

- a) Incumplimiento de los cargos por el donatario (art. 1570 del CCC).
- b) Ingratitud del donatario hacia la persona del donante (arts. 1571/1573 del CCC).
- c) Supernacencia de hijos (art. 1569 del CCC).

En consecuencia, corresponde analizar cada caso a fin de establecer sus características, funcionamiento y efectos:

a) Incumplimiento de los cargos

Como expone LORENZETTI, se trata de un acto de declaración de voluntad extintiva facultativa, de modo que, si el donante no la envía, no se produce la extinción por el solo incumplimiento.

Los legitimados son el donante y sus herederos. No puede ejercerse por otro tercero (acción subrogatoria) ni por el beneficiario del cargo que sólo puede plantear el cumplimiento.

Frente a terceros, tratándose de bienes inmuebles que fueron enajenados a otras personas, la revocación anula las transmisiones posteriores. Puesto que los cargos debieron plasmarse en las respectivas escrituras y el o los adquirentes no podrán escudarse en su desconocimiento.

Si se tratara de bienes muebles y los terceros contrataren de buena fe, la revocación le es inoponible. Sí será oponible si contrataron conociendo la existencia de las cargas. Aun así podrán resistir la anulación del negocio por la revocación de la donación ofreciendo cumplir con el o los cargos (art. 1570 del CCC).

b) Revocación por ingratitud

Se revocan por ingratitud las donaciones simples y respecto de aquellas que puedan presentar algún grado de onerosidad, sólo respecto de su porción gratuita (ej. cuando excede el valor del servicio prestado en la donación remuneratoria).

Las causales de ingratitud son enumeradas taxativamente en el art. 1571 al precisar las siguientes si el donatario:

- i) Atenta contra la vida del donante o familiares;
- ii) Si lo injuria gravemente o afecta su honor;
- iii) Si priva injustamente de bienes que integran su patrimonio;
- iv) Si no le brinda alimentos al donante.

Al atentar contra la vida del donante se apunta a aquellos supuestos de tentativa de homicidio. El donatario debe ser moralmente imputable. Desde luego que si lo es en grado de tentativa más aún se plasmará el supuesto en caso de muerte. De existir lesiones graves no configuran el supuesto de análisis pero sí, en cambio, el de injurias.

Injurias y ataques contra el honor. Debe apreciarse judicialmente y puede ser peticionada por el donante (por tratarse de una acción personal) contra el donatario y la acción prescribe al año (art. 1573 del CCC).

Las injurias deben ser graves y constituyen ataque contra la persona, su libertad, su honor o sus bienes. Por tanto constituyen este supuesto de revocación las calumnias, injurias, las lesiones, robo, privación de la libertad, un delito contra un miembro de la familia del donante, etc.

Privación injusta de bienes que integran su patrimonio. Constituye otra causal de revocación cuando el donatario se dirija contra los bienes del donante, cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes.

Por la *negativa a prestar alimentos*. Como se precisó anteriormente, se trata de la prestación de alimentos y vestimenta, como aportes mínimos y elementales para la subsistencia del donante y en la medida que no existan otros parientes obligados que puedan brindárselos.

c) Revocación por supernacencia de hijos

Dicha causal es regulada al enumerarse los diversos supuestos que habilitan la extinción contractual en el art. 1569 del CCC. Allí se precisa que debe pactarse expresamente para que pueda hacerse valer en el futuro.

Dicha cláusula contractual debe prever que ante el nacimiento de uno o más hijos del donante, éste tendrá la facultad de revocar la donación.

9.2. Reversión

Existe la posibilidad que en función de la autonomía de la voluntad y de lo prescripto a partir del art. 1566 del CCC, las partes acuerden expresamente que ante el fallecimiento del donatario, o el donatario, su cónyuge y descendientes, la reversión o restitución de la cosa donada.

También podría estipularse el fallecimiento del "donatario sin hijos", que dejaría sin efecto el pacto si llegase el aceptante a tener descendencia.

Como bien indica LORENZETTI, la finalidad de esta cláusula se funda en que el donante decide beneficiar sólo al donatario y no a otras personas, de modo que si éste fallece antes (supuesto de premoriencia) la donación queda sin efecto y la cosa regresa al donante. Ha sido usual este tipo de estipulación en caso del donatario sin herederos donde las partes fijan que antes que la herencia se declare vacante y pase para el Estado, la pueda recuperar el donante.

Sin dudas se trata de un contrato con condición resolutoria que sólo puede favorecer al donante. Por lo que ocurrido el presupuesto (la muerte del donatario previa a la del donante) procede la reversión de lo donado.

Así el art. 1566 del CCC prevé que: "En la donación se puede convenir la reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezca antes que el donante. Esta cláusula debe ser expresa y sólo puede estipularse en favor del donante. Si se incluye en favor de él y sus herederos o de terceros, sólo vale respecto de aquél. Si la reversión se ha pactado para el caso de muerte del donatario sin hijos, la existencia de éstos en el momento del deceso de su padre extingue el derecho del donante, que no renace aunque éste les sobreviva".

9.2.1. Involucrados en el pacto de reversión

Sólo puede pactarse —en forma expresa— en favor del donante. Si se incluyera al cónyuge, descendientes u otro tercero es de ningún valor la estipulación salvo para el donante (art. 1566 del CCC)

Podrá pactarse respecto de la premoriencia del donatario, de éste y su cónyuge e hijos o, incluso, del donatario sin hijos.

Cabe precisar que respecto del último caso, si el donatario tuviese descendencia automáticamente deja sin efecto el pacto no pudiendo ser ejercido por el donante si falleciere en forma previa el donatario (art. 1566 del CCC).

9.2.2. Efectos

Tratándose de una donación sujeta a condición resolutoria, importa sostener que operada ésta, el dominio se revierte de pleno derecho al donante, sin que sea necesario un nuevo acto transmisivo que le sirva de título (OTERO).

El Código Civil y Comercial en materia de efectos especifica en el art. 1567 que: "Cumplida la condición prevista para la reversión, el donante puede exigir la restitución de las cosas transferidas conforme a las reglas del dominio revocable".

Sobre dominio revocable cabe precisar que se trata de aquel sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió (art. 1965 del CCC). La revocación del dominio tiene efecto retroactivo salvo estipulación en contrario o disposición de la ley (art. 1967 del CCC).

En otro orden, la autorización de venta de la cosa por parte del donante es admitida como una renuncia tácita al pacto. No obstante, si autorizase que la cosa fuese gravada por un derecho real como la hipoteca, se trataría de una suerte de renuncia parcial toda vez que sólo sería aplicable con relación al titular del derecho (art. 1568 del CCC).

CAPÍTULO XXXVII - FIANZA. CON LA COLABORACIÓN DE MATÍAS MANUEL PORTOS

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. INTRODUCCIÓN

Algunos autores, como LÓPEZ DE ZAVALÍA, enseñan que el contrato de fianza tiene su antecedente en la *adpromissio* romana, instituto al que sólo podían acceder los ciudadanos romanos, en garantía de obligaciones verbales asumidas.

Luego, en una segunda etapa, surgió el instituto del *fidepromittere* que extendió la fianza a los peregrinos. Así, los deudores encontraron mayores posibilidades de obtención de crédito, al ampliarse el número posible de fiadores.

Finalmente, estas modalidades derivaron en el *constituto debiti alieni*, que era un pacto pretoriano por el cual "alguien toma la obligación de pagar a día fijo una deuda preexistente". Ese "alguien" podía ser un tercero.

Algunos autores señalan a esta última figura como el antecedente del fiador principal pagador de nuestro art. 1591 del CCC.

En la actualidad, el contrato de fianza, celebrado entre el acreedor y el fiador, viene a garantizar el cumplimiento de la obligación del verdadero deudor (tercero ajeno al negocio). En este contexto, la ley brinda al acreedor —para resistir ante la posible insolvencia del deudor— diferentes tipos de garantías, como ser: a) reales —hipoteca, anticresis y prenda—, que gravan el o los bienes del deudor, con la intención de asegurar el cumplimiento de la obligación por aquél asentida; b) personales, como la fianza y la solidaridad pasiva (art. 833 del CCC); en donde otras personas se suman a la obligación del deudor, asumiendo también la responsabilidad por el pago de la deuda.

En suma, la fianza como las otras garantías que la ley acuerda, se dirigen a evitar el fracaso del negocio, motivado en el temor del acreedor por el posible incumplimiento del deudor a raíz de la eventual insolvencia de esta parte (RODRÍGUEZ).

2. CONCEPTO LEGAL. SU DETERMINACIÓN Y ENCUADRE

Según el art. 1574 del CCC: "Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento. Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución".

El contrato es —por definición— un acto jurídico bilateral que celebra el fiador y el acreedor. Ellas son las partes sustanciales del negocio de fianza, en tanto el deudor —cuya obligación se afianza—, no es parte en el contrato y, a los fines de la validez del contrato, no importa que el fiador haya contratado a instancias del deudor, o en su ignorancia, o aun con su oposición, condiciones que interesarán a otros efectos. Sin embargo, el fiador contrae una obligación accesorio (v. art. 856 del CCC), cuya existencia dependerá de otro vínculo obligacional, es decir de una obligación principal que será la que celebraron el acreedor (parte del contrato de fianza) y el deudor.

Como enseña LÓPEZ DE ZAVALÍA, se trata de una relación jurídica que tiene sus contornos triangulares. Dos de sus vértices están constituidos por las partes contratantes (fiador y acreedor); el tercero se ubica en la persona del deudor, quien, aunque no es parte en el negocio, resulta interesado en él, lo que explica que —estadísticamente— la fianza suela contratarse a instancias del deudor.

Frecuentemente, en la realidad de las operaciones inmobiliarias se solicita al fiador, o también llamado garante, que denuncie, en el mismo contrato, la titularidad dominial de un inmueble de su propiedad, indicándose que ese bien raíz se afecta al contrato de fianza. Esta mención no grava en modo alguno el inmueble referido, y el fiador mantiene su libre disponibilidad sin restricciones. Esto es así porque la fianza es una garantía de carácter personal que extiende sus consecuencias a la totalidad del patrimonio del fiador y no a uno determinado (ESPER).

3. CARACTERES DEL CONTRATO DE FIANZA

El contrato de fianza es consensual, formal, gratuito, unilateral, accesorio, subsidiario y nominado.

a) *Consensual*: el contrato de fianza quedará perfeccionado por el mero consentimiento de las partes y, en consecuencia, producirá sus efectos propios a partir de aquél momento.

b) *Formal*: el art. 1579 del CCC, establece que el contrato de fianza debe convenirse por escrito. En el caso, se trata de una formalidad *ad probationem*, puesto que es exigida como un medio de prueba de su celebración (v. art. 969 del CCC).

c) *Gratuito*: como expresa la doctrina mayoritaria, la fianza es gratuita por cuanto el fiador asegura a la otra parte una ventaja que resulta independiente de toda prestación del acreedor. Algunos autores, como LÓPEZ DE ZAVALÍA, consideran que si el contrato asegurara al fiador alguna remuneración por el servicio de garantía prestado al acreedor, no sería fianza sino un seguro de caución. En idéntico sentido, la circunstancia de que el deudor pague alguna retribución al fiador para que éste celebre el contrato, no modifica el carácter gratuito de

la fianza, puesto que —como ya fue explicado— aquél resulta ajeno al negocio, el cual se celebra entre el fiador y el acreedor.

d) Unilateral: el contrato de fianza produce obligaciones sólo para el fiador, pues la única obligación que nace del negocio es la de responder ante el acreedor por el eventual incumplimiento del deudor principal.

No contradice lo expuesto, la existencia de deberes secundarios a cargo del acreedor, por cuanto técnicamente no son obligaciones.

e) Accesorio: este carácter se desprende de la propia definición del contrato de fianza, como así también del art. 1575 del CCC.

La accesoriedad es con relación a la obligación principal que le sirve de causa, e incluso persiste en el caso del fiador principal pagador (v. art. 1591 del CCC). GARRIDO Y ZAGO enseñan que este carácter es esencial a los fines de su individualización y caracterización.

f) Subsidiariedad: refiere puntualmente al modo en que debe proceder el fiador frente al pago. Como se dijo, éste responderá luego que el acreedor agote todos los bienes del deudor. Compartimos el criterio esbozado por LÓPEZ DE ZAVALIA, que señala que la subsidiariedad no desaparece cuando la fianza es solidaria. En este caso, no habrá entonces el beneficio de excusión, pero será preciso que el acreedor requiera previamente al deudor (v. art. 1590 del CCC).

4. CAPACIDAD

El Código Civil y Comercial no dispone reglas específicas de capacidad para celebrar el contrato de fianza. Por consiguiente, se aplican las reglas generales sobre la materia que rigen para todos los contratos.

5. ELEMENTOS ESENCIALES

5.1. Consentimiento

Como contrato consensual, se requerirá para su perfeccionamiento el consentimiento del acreedor y del fiador, exclusivamente. El deudor, titular de la obligación principal, es tercero ajeno al negocio contractual y, por tanto, no se exigirá su asentimiento.

5.2. Objeto

De la propia definición del contrato, se desprende que las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer pueden ser objeto de la fianza. Cuando la obligación a afianzar es de entregar cosa cierta, o algún hecho que sólo el deudor puede cumplir, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución.

Frente a estos últimos supuestos, el fiador tiene la facultad, no la obligación, de entregar la cosa de que se trate, pero si se encuentra imposibilitado de hacerlo por la naturaleza propia de la prestación, cumplirá con su obligación satisfaciendo los daños ocasionados por el incumplimiento del deudor principal.

Conforme el art. 1575 del CCC, la obligación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, puesto que si fuese superior se reducirá a los límites de la obligación principal. La disposición citada encuentra su razón de ser en el carácter accesorio del contrato de fianza.

Con relación al tipo de obligaciones que pueden ser afianzadas, el art. 1577 del CCC establece que toda obligación, sea actual o futura, puede ser afianzada, incluso —añade— las obligaciones del fiador pueden ser objeto del contrato de fianza. En este sentido, la norma dispone que el que afianza a un fiador gozará del beneficio de excusión respecto de éste y del deudor principal (v. art. 1585 del CCC).

En el caso de que se afiance una obligación futura, el contrato de fianza deberá tener un objeto determinado o determinable mediante un procedimiento estipulado por las partes al efecto, aun cuando la ventaja futura sea incierta y su cifra indeterminada.

Respecto al alcance de la fianza, la ley (art. 1580 del CCC) la extiende, salvo pacto en contrario, a las cosas accesorias de la obligación principal y a los gastos que razonablemente demande su cobro, incluidas las costas judiciales.

Por último, cabe mencionar que resultan de aplicación las normas generales relativas al objeto de los contratos, especialmente en cuanto a la licitud, posibilidad física y jurídica, determinabilidad y patrimonialidad.

5.3. Causa

En el contrato de fianza, la causa-fin objetiva consiste en asegurar el cumplimiento de obligaciones. Es decir, satisfacer una prestación ante el eventual incumplimiento del deudor principal.

Ello no excluye otras finalidades que pueden incluso coexistir con la garantía que el fiador otorga en favor del acreedor.

Por su parte, el ánimo de liberalidad del fiador tiene la función de los motivos relevante, puesto que el móvil del fiador se hallará en la relación mantenida con el deudor.

6. FORMA

Al desarrollar los caracteres, anticipamos que la fianza es un contrato formal, por cuanto la forma ha sido determinada por la ley como formalidad *ad probationem*. En efecto, el Código Civil y Comercial dispone que la fianza deberá celebrarse por escrito a los fines de acreditar su celebración (v. art. 969 del CCC).

7. PRUEBA

El contrato de fianza podrá ser acreditado por cualquier medio probatorio, aplicándose a tal fin las reglas generales sobre prueba previstas en el Código Civil y Comercial.

8. CLASES DE FIANZA

Históricamente, la doctrina clasifica a la fianza en a) convencional, legal y judicial; b) simple, solidaria y principal pagador.

8.1. Fianza convencional, legal y judicial

a) *Fianza convencional*: es la que nace como consecuencia del acuerdo celebrado entre las partes, es decir, de su libre voluntad. Por el contrario, LÓPEZ DE ZAVALÍA entiende que no es convencional porque se concrete en un contrato de fianza, sino porque la necesidad de presentar fiador proviene de un contrato celebrado entre el acreedor y el deudor. En efecto: el deudor, por contrato con el acreedor, puede obligarse a proveer fiador, es decir, a presentar un fiador. Ese contrato previo, en el que el deudor es parte, no es un contrato de fianza; es un contrato innominado. No compartimos el criterio expuesto por LÓPEZ DE ZAVALÍA, porque si bien la fianza se realiza a pedido del deudor que la necesita para celebrar un contrato, lo cierto es que siempre será constituida por el contrato celebrado entre el acreedor y el fiador.

b) *Fianza legal*: es la prescrita por la ley. En esos casos, la propia ley dispone que el deudor presente fiador. Los casos de fianza legal se encuentran diseminados en las distintas leyes. Un buen ejemplo de ello lo proporciona el art. 2139 del CCC sobre la fianza que debe prestar el usufructuario.

c) *Fianza judicial*: son las ordenadas por un juez en virtud de una norma que lo faculta a establecerla. La obligación de prestarla recién surge cuando el juez la requiera dentro de un proceso judicial. Se puede encontrar este tipo de fianza en los códigos de procedimiento, a fin de garantizar los posibles perjuicios que la medida ordenada en el proceso pueda ocasionar a una de las partes litigantes.

8.2. Fianza simple, solidaria y fianza como principal pagador

a) *Fianza simple*: constituye el principio general, pues cuando alguien se obliga como fiador, sin otra aclaración, la fianza es simple. Es decir, si las partes no señalan el tipo de fianza que han celebrado, se entiende que se ha instituido una fianza simple. En esta clase, el fiador goza de los llamados beneficios de excusión y de división, que son sus notas distintivas y la diferencia de la fianza solidaria y el fiador principal pagador.

Beneficio de excusión

El art. 1583 del CCC establece que: "el acreedor sólo puede dirigirse contra el fiador una vez que haya excutido los bienes del deudor. Si los bienes excutidos sólo alcanzan para un pago parcial, el acreedor sólo puede demandar al fiador por el saldo".

En virtud de este beneficio, el acreedor debe ejecutar todos los bienes del deudor principal, para luego poder requerir —en caso de no obtener la cancelación total de su crédito— el cumplimiento del fiador. Es una clara consecuencia de la subsidiariedad de la fianza. Como señala el profesor Juan Pablo RODRÍGUEZ, "constituye una excepción dilatoria de naturaleza sustancial, por lo que requiere la invocación del fiador".

El presente beneficio, al no ser un instituto de orden público, será disponible por la partes. En efecto, el Código enumera una serie de supuesto en los cuales su aplicación resulta improcedente por voluntad de las partes, a saber: a) cuando el fiador ha renunciado expresamente a éste (v. art. 1584 inc. d del CCC); b) cuando la fianza fuese solidaria (v. art. 1590 del CCC); c) cuando el fiador se obligó como principal pagador (v. art. 1591 del CCC).

Asimismo, existen otros supuestos en los cuales el fiador no podrá invocar este beneficio (v. art. 1584 del CCC), verbigracia: a) cuando el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra; b) cuando el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio nacional o carece de bienes en la República; c) cuando la fianza es judicial.

Ahora bien, como excepción dilatoria, el beneficio de excusión deberá incoarse al contestar la demanda. No obstante, podrá plantearse posteriormente si el deudor adquiriese bienes durante el proceso judicial o luego de contestar la demanda. Por último, opuesta esta defensa, el acreedor deberá excutir los bienes del deudor y sólo ejecutar el saldo impago contra el fiador, si es que existiese.

Beneficio de división

En los casos de cofiadores, el art. 1589 del CCC establece que cada uno de ellos responderá por la cuota a la que se han obligado, no pudiendo el acreedor exigirles más de lo que corresponda. Si nada se ha estipulado con relación a la cuota que se deba, todos responderán por partes iguales. Tal como acontece con el beneficio de excusión, no funciona de pleno derecho sino a requerimiento del fiador interesado, que será aquél a quien el acreedor le quiera cobrar un monto mayor al que se encuentra obligado a cancelar.

El presente beneficio, al no ser un instituto de orden público, será disponible por la partes, y en consecuencia, la norma faculta al fiador a su renuncia.

En el marco reseñado, corresponde señalar, en cuanto a la insolvencia en que pudiera recaer alguno de los cofiadores, que el Código Civil ([ley 340](#)) asimila la situación de los cofiadores a la de los deudores de obligaciones simplemente mancomunadas y divisibles (v. art. 2024 *in fine*); en cambio, el Código Civil y Comercial ([ley 26.994](#)), al tratar el beneficio de división establecido en el art. 1589 del CCC, dispone especialmente que la porción correspondiente al insolvente será soportada por los restantes fiadores (art. 1595 CCC), apartándose así del régimen general contenido en los arts. 825, 826 y 808 del CCC —en ese orden—, donde los codeudores no responden por la insolvencia de los restantes.

En suma, de lo expuesto se desprende con meridiana claridad que los efectos en ambos regímenes serían disímiles.

b) Fianza solidaria: la regla general es que la fianza es simple, puesto que la solidaridad no se presume. De acuerdo con el art. 1590 del CCC, la fianza podrá ser solidaria cuando así se convenga expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión.

Solidaridad de fuente convencional: la estipulación contractual debe ser clara, puesto que en caso de duda se considerará que las partes han celebrado una fianza simple.

Renuncia al beneficio de excusión: éste es un modo indirecto de solidaridad, conforme al artículo citado precedentemente.

La fianza solidaria no engendra una obligación solidaria del fiador para con el deudor. Sin hacer mayores aclaraciones, debemos mencionar que la fianza es una obligación accesorio y subsidiaria, establecida como garantía de la obligación principal; y, por el contrario, la obligación solidaria es directa y principal respecto de todos los obligados. Por su parte, las obligaciones solidarias tienen su origen en una causa única, circunstancia que no acontece en la fianza solidaria, en cuanto las obligaciones, tanto del deudor principal como del fiador, nacen de fuentes disímiles.

c) Fianza como principal pagador: quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias.

Para que exista esta figura, deberá pactarse expresamente; siendo la cláusula de interpretación restrictiva, dado que en caso de duda se entenderá que no ha contratado con estos alcances.

En esta clase de fianza, se pierda la subsidiariedad pero se mantiene la accesoriedad, que constituye la característica distintiva de cualquier tipo de fianza.

9. EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

9.1. La obligación del fiador

El fiador contrae una obligación accesorio y subsidiaria de la obligación principal asumida por el deudor. Esta obligación es de garantía, pues si se verifica el incumplimiento del deudor principal, el fiador deberá responder lo debido por aquél.

La característica de subsidiariedad de la obligación asumida por el fiador implica que su exigibilidad requiere como condición el incumplimiento de la obligación originaria; exclusivamente en ese caso, el acreedor tendrá contra el fiador todas las acciones procesales pertinentes para exigir el cumplimiento de las obligaciones afianzadas. Por su parte, frente a este reclamo, el fiador —una vez constituido en mora— podrá oponer las defensas y excepciones propias y las que correspondan al deudor principal, además de los beneficios de excusión y división que la norma proporciona al fiador simple (v. arts. 1583, 1587 y 1589 del CCC).

Cuando la norma refiere a las excepciones propias del fiador (v. art. 1587 del CCC), consideramos que son las que le corresponden a título personal contra el acreedor o las que surgen de la fianza, por ejemplo la incapacidad del fiador o la nulidad del contrato de fianza por encontrarse viciado (RODRÍGUEZ).

9.2. Beneficios de excusión y de división

Cabe remitirse a lo ya expuesto en el punto 8.2 del presente capítulo.

10. EFECTOS ENTRE FIADOR Y DEUDOR

La relación jurídica entre el fiador y el deudor nace como consecuencia del cumplimiento de la obligación principal por parte del fiador. Cuando el fiador paga o cumple con su prestación podrá subrogarse en los derechos del acreedor y exigir del deudor principal el reintegro de lo que ha abonado o entregado, más sus intereses (v. art. 1592 del CCC).

No obstante, la ley otorga al fiador —previo a la cancelación de su obligación— determinados derechos frente al deudor. A continuación examinaremos cada uno de los escenarios descritos.

10.1. Derechos previos al pago

Con antelación al pago de la deuda principal, el art. 1594 del CCC dispone que el fiador podrá solicitar el embargo de los bienes del deudor u otra garantía si: a) le es demandado judicialmente el pago; b) vencida la obligación, el deudor no la cumple; c) el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace; d) han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso; e) el deudor asume riesgos distintos a los propios del giro de sus negocios, disipa sus bienes o los da en seguridad de otras operaciones; f) el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada.

Claro está que el fiador podrá ejercer este derecho, únicamente si no ha dado cumplimiento de la obligación afianzada, puesto que de lo contrario se subrogaría en los derechos del acreedor para perseguir el cobro. Examinemos, brevemente, cada uno de los supuestos señalados.

a) *Si es judicialmente demandado al pago*: verificada esa situación, sin necesidad de haber sido condenado, el fiador simple podrá hacer valer el beneficio de excusión o, en su defecto, embarga los bienes del deudor a fin de garantizarse el resarcimiento en caso de que abonase la deuda.

b) *Si vencida la obligación el deudor no la cumple*: por la misma finalidad que se acaba de indicar, el fiador podrá tratar de asegurarse el resarcimiento para el hipotético caso de que deba abonar el importe de la obligación afianzada.

c) *Si el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace*: encuentra su fundamento en el incumplimiento del deudor de la obligación a exonerarlo de responder vencido el término acordado a tal

fin. A nuestro criterio, esta obligación tendrá virtualidad si obtuviese el consentimiento del acreedor, ya que el deudor deberá constituir otra garantía en favor de aquél.

d) *Si han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso:* quedan comprendidas tanto obligaciones de duración o de ejecución continuada como de ejecución diferida. Para que el fiador pueda ejercer este derecho es necesario que la obligación no tenga un plazo fijo de duración para su cumplimiento y que la naturaleza de la obligación principal no esté sujeta a extinguirse en tiempo determinado.

e) *Si el deudor asume riesgos distintos a los propios del giro de sus negocios, disipa sus bienes o los da en seguridad de otras operaciones:* tiende a proteger al fiador de la posible insolvencia del deudor y protegerlo contra operaciones que atenten con la integridad del patrimonio de éste.

f) *Si el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada:* la norma lo faculta a ejercer este derecho en razón de la dificultad que debería afrontar para llevar adelante la acción contra el deudor tendiente a recuperar lo abonado y debido por aquél.

10.2. Derechos posteriores al pago efectuado por el fiador

El fiador que paga la deuda principal que el deudor originario no satisfizo, tendrá acción de repetición contra aquél a fin de obtener lo abonado, más sus interés y, asimismo, reclamar los daños ocasionados como consecuencia del contrato de fianza celebrado (v. art. 1592 del CCC).

El fundamento de esta acción es el pago con subrogación (v. arts. 914 y 915, inc. a del CCC), lo que justifica que no sea necesaria la cesión del crédito del acreedor hacia el fiador para poder repetir. Por el mismo efecto subrogatorio, pasan al fiador reclamante todos los derechos y acciones del acreedor, como los accesorios del crédito (v. art. 918 del CCC). En razón de ello, el fiador puede reclamar el reembolso de lo pagado más sus intereses y la indemnización de otros daños que hubiera sufrido (v. art. 1592 del CCC). Sobre este último punto, la regulación se aparta de la normativa del pago por subrogación y por una razón de equidad le acuerda esta acción para que pueda perseguir el resarcimiento de todo perjuicio patrimonial sobrevenido con motivo de la fianza.

La ley brinda determinadas soluciones para algunas hipótesis específicas que pueden presentarse en relación con la cuestión que estamos analizando. Entre ellas: a) el deudor puede oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor; y b) si el deudor ha pagado al acreedor antes de tener conocimiento del pago hecho por el fiador, éste sólo puede repetir contra el acreedor.

11. EFECTOS ENTRE LOS COFIADORES

El Código Civil y Comercial dispone, como regla general, que todos los cofiadores son coobligados mancomunados, de modo que cada uno de ellos afianza una parte de la deuda. En razón ello, el cofiador que cumple la obligación accesoria en exceso de la parte que le corresponde, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los otros cofiadores (v. art. 1595 del CCC). En el caso especial de que uno de ellos resultare insolvente, cada uno de los cofiadores está obligado no sólo a pagar su cuota parte sino también la proporcional a la porción insatisfecha por el insolvente (pérdida); de ese modo, el acreedor —o, por subrogación, el coobligado que hubiere pagado en exceso— tendrá derecho al cobro con esos mismos alcances.

Lo expresado equivaldría a decir que existe solidaria entre los cofiadores exclusivamente respecto de la porción correspondiente al coobligado insolvente que la ley denomina "pérdida".

12. EXTINCIÓN

La fianza se extingue, conforme el art. 1596 del CCC, por diversas causas, a saber:

a) *Si por hecho del acreedor no puede hacerse efectiva la subrogación del fiador en las garantías reales o privilegios que accedían al crédito al tiempo de la constitución de la fianza:* la fianza se extinguirá cuando la subrogación en los derechos del acreedor se hubiere hecho imposible por una conducta culpable de éste. Para que la imposibilidad produzca la extinción de la fianza se requerirá que cause un perjuicio al fiador de magnitud.

Este artículo contempla el caso en que el acreedor perdiese, por negligencia o mala fe, las garantías o privilegios con los que contaba al momento de celebrarse el contrato. La fianza se extinguirá en la misma proporción que la garantía cuya subrogación se hace imposible.

b) *Si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador:* la prórroga del plazo estipulado en el contrato, sin el asentimiento del fiador importa una alteración de la obligación afianzada, que es susceptible de ocasionar perjuicios al fiador, como por ejemplo el riesgo que el deudor cayera en insolvencia.

c) *Si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido:* la finalidad que el apartado observa es limitar la responsabilidad del fiador y concluir la cautividad que la incertidumbre engendra y prolonga en el tiempo.

d) *Si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia:* procura una actuación diligente del acreedor y evitar su inacción, a fin de excutir los bienes del deudor principal y, así, impedir su insolvencia. BORDA explica que debe haber una negligencia evidente y no una mera demora razonable por parte del acreedor.

Otro modo extintivo de la fianza

La novación de la obligación principal, extingue las obligaciones accesorias que de ella dependan, como ser las garantías personales (contrato de fianza). El dispositivo constituye una derivación lógica de las consecuencias jurídicas que en general la ley le asigna a la novación.

Claro resulta, que el codificador no ha querido que la fianza pase a la nueva obligación, sin que el fiador preste su asentimiento y que ese efecto no dependa de la voluntad del acreedor. Por ello, despoja de todo valor la reserva que hiciere el acreedor de conservar sus derechos frente al fiador (RODRÍGUEZ).

En este contexto el art. 1597 del CCC, presenta una excepción a la regla de la novación, por cuanto dispone que, aun cuando el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador, la fianza se tendrá por extinguida. Cabe mencionar que la novación, como de extinción de las obligaciones, faculta al acreedor a impedir la conclusión de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva expresa de su parte (v. art. 940 del CCC).

Resta por señalar que, la fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador.

CAPÍTULO XXXVIII - CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA. CON LA COLABORACIÓN DE MARÍA LUZ PAPAVERO

1. CONCEPTO Y ANTECEDENTES. TEORÍAS

Conforme la actual redacción del art. 1599 del CCC, el contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual una persona (denominada constituyente o dador) se obliga a entregar un capital o prestación mensurable en dinero a favor de otra (denominada deudor) que, en contraprestación, se obliga a pagar una renta periódica a favor de una o varias personas (llamados beneficiarios), durante la vida de una o más personas humanas (cabezas de renta) ya existentes y designadas en el contrato.

Esta figura contractual, regulada por el anterior Código Civil en los arts. 2070 a 2088, presentaba, como principal característica, la de ser un contrato real (puesto que presuponía la *tradición* de la cosa que constituía el capital para su perfeccionamiento). En la actualidad, atento la eliminación de dicha categoría, el contrato de renta vitalicia se concluye a partir del mero consentimiento de las partes.

Puede decirse que, históricamente, el contrato oneroso de renta vitalicia se vinculaba, en algunos sistemas jurídicos, con el contrato de mutuo. En función de ello, se habían esbozado diversas teorías en orden a establecer cuál era la función económica que pretendía llenarse a través de este contrato.

Así, por ejemplo, según POTHIER, "las constituciones de renta, sea perpetua, sea vitalicia, que se hacen por una suma de dinero, son especies del contrato de venta; por ello estos contratos deben ser colocados enseguida del contrato de venta". De esta forma, dicha línea interpretativa previa a la sanción del Código Civil francés, consideraba al contrato de renta vitalicia como una modalidad de la compraventa.

Por otro lado, otra vertiente, afincada en las normas del Código Civil francés y a la desaparición de la desconfianza en la figura del mutuo oneroso, alejaba la constitución de la renta del contrato de compraventa y la aproximaba a la del mutuo. De este modo, por la entrega del capital, el deudor se compromete a pagar una renta (que podía ser visto como el interés de ese capital) a favor del propio dador o de un tercero a quien pretendiese beneficiarse. Partiendo de una concepción similar a la indicada, FREITAS diseñó en su *Esboço* la figura del mutuo, que podía ser "directo, ocasional o un contrato oneroso de renta vitalicia".

En nuestro Código Civil, por último, VÉLEZ SARSFIELD, al regular este contrato, tomó algo del Código Civil francés y algo del sistema de FREITAS, pero sin subsumir al contrato oneroso de renta dentro del contrato de mutuo. Según LÓPEZ DE ZAVALÍA, la regulación que el Código Civil hacía del contrato permitía considerarlo como un contrato con características de mutuo y, también, con aspectos similares a la compraventa.

Así, según este autor, desde la perspectiva económica, hay "compra" de un capital. No se compra una renta, sino que con ésta se compra el capital: a) cuando el capital es una cosa que no es dinero, se advierte más fácilmente como compra de una cosa en cuotas, quedando subordinado el número de cuotas a un álea especial (la vida del cabeza de renta); y b) cuando el capital consiste en dinero, ese dinero toma el lugar de la cosa.

Más allá de las disquisiciones a las que dio lugar la anterior regulación en orden a establecer la naturaleza jurídica de este contrato y, a través de ello, su función económica, puede decirse, en palabras de LORENZETTI, que esta figura se ha caracterizado por la intención de las partes de *prevenir un riesgo futuro* para sí mismos o para terceros y por el pacto de una renta para el caso de que ellos no puedan obtenerla; esta finalidad, cabe señalar, ha perdido relevancia en la actualidad como consecuencia del surgimiento de nuevas formas de prevención de riesgos profesionales, institucionalizadas y más adecuadas (como el contrato de seguro y las diversas formas de la seguridad social).

2. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS

El contrato oneroso de renta vitalicia puede asimilado y, a su vez, distinguido de otras figuras; a saber: a) de la pensión de alimentos, por cuanto, mientras el contrato nace de la voluntad de las partes, la pensión surge por una disposición de la ley (conf. art. 537 y siguientes); b) del seguro de vida, dado que, mientras el capital se entrega a cambio una renta que se deberá durante el transcurso de la vida de determinada persona, esta especie de seguro presupone el pago de una prima (durante un plazo o de por vida) a cambio de que el asegurador, a la muerte de quien pagaba la prima, abone cierto capital a los beneficiarios designados en el contrato; c) de la donación con cargo, puesto que el cargo es una obligación accesoria de un contrato gratuito, mientras que la renta vitalicia regulada es onerosa.

3. CARACTERES

Delineado el concepto de esta figura en los términos expresados en los puntos anteriores, cabe señalar sus caracteres. Se trata de un contrato: a) bilateral, puesto que ambas partes resultan recíprocamente obligadas la una hacia la otra; b) oneroso, dado que la ventaja que se procura una de las partes (o que se establece a favor de un tercero) es concedida por la prestación (entrega del capital) que ha hecho el constituyente; c) consensual, en virtud de la eliminación de la categoría de contratos reales y de que, por tanto, no es necesaria ninguna entrega para su perfeccionamiento; d) formal, puesto que, según lo normado por el art. 1601 (como veremos), el contrato deberá instrumentarse por medio de escritura pública; e) aleatorio, dado que las ventajas o pérdidas están sujetas al hecho incierto de la duración de la vida de una o más personas designadas especialmente en el contrato (cabeza de renta); f) de tracto sucesivo, en la medida en que el pago de la renta deberá producirse periódicamente, sin que se agote en una única prestación.

4. NORMAS APLICABLES

4.1. Presupuestos y elementos

Constituyen los *sujetos* de este contrato: a) el *constituyente*, esto es, la persona obligada a entregar a la otra un capital o una prestación mensurable en dinero; b) el *deudor de la renta*, es decir, el receptor del capital o de la prestación aludida y que, como contraprestación, se constriñe voluntariamente a pagar una renta periódica y vitalicia a favor de un determinado beneficiario; c) el *beneficiario*, quien será el acreedor de la renta y, por último, d) el *cabeza de renta*, esto es aquella persona humana cuya vida será tomada en cuenta para establecer la duración del contrato.

Cabe aclarar que podrán ser beneficiarios: a) el constituyente o un tercero; b) un único sujeto o una pluralidad; y c) una persona humana o jurídica existente al momento de la celebración del contrato.

De este conjunto de sujetos enumerados, solamente serán *partes* del contrato el constituyente y el deudor de la renta. El tercero beneficiario, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1605 (y de la remisión al régimen de la estipulación a favor de tercero; conf. arts. 1027 y 1028), no es parte del contrato oneroso de renta vitalicia.

En este punto, cabe agregar que, en tanto el beneficiario puede ser una *persona distinta del constituyente*, es decir, como vimos, un tercero a las partes contratantes, regirán, respecto de las relaciones habidas entre el constituyente y dicho tercero, las normas aplicables en materia de donación, salvo que la prestación se hubiere convenido en razón de otro negocio oneroso (conf. art. 1600 del CCC). De acuerdo con ello y puntualmente, tal liberalidad, en la medida en que lo sea, estará sujeta tanto a la acción de colación como a la de reducción, conforme a los arts. 2385, 2417, 2453 y concordantes.

En cuanto al *objeto*, éste estará constituido por la entrega del *capital* (o una prestación mensurable en dinero) a cambio del pago de la *renta* a favor del beneficiario.

Nuevamente, cabe destacar que la modificación introducida por el Código Civil y Comercial respecto de la regulación anterior en lo concerniente a la prestación debida por el constituyente permite que éste opte por entregar una suma de dinero o un bien mensurable en dinero.

Sobre este punto, se advierte un cambio relevante estipulado por el actual Código Civil y Comercial: la prestación del constituyente, cuyo objeto solamente podía consistir, de acuerdo con la regulación anterior, en la entrega de una suma de dinero o de una cosa susceptible de valor pecuniario, podrá estar, conforme a la nueva regulación, compuesta tanto por cosas como por bienes inmateriales como por ejemplo, acciones, cuotas sociales, derechos hereditarios, cosas presentes o futuras, fondos de comercio, entre otros.

Respecto de la *causa* de este contrato, podemos decir que, en su aspecto abstracto y objetivo (esto es, más allá del motivo determinante que ha llevado a las partes a contratar en el caso puntual), aquella estará dada por la obligación de transferir un capital determinado (u otra prestación mensurable en dinero), por un lado, y la de pagar una suma de dinero en forma periódica (cuya duración dependerá de la vida de una o más personas designadas en el contrato), denominada renta.

En cuanto a la *forma*, cobra relevancia lo dispuesto por el art. 1601, en cuanto estipula que: "El contrato oneroso de renta vitalicia debe celebrarse en escritura pública". Esta norma sigue el mismo criterio que el anterior 2071 del Código Civil.

En forma coincidente con la mayoría de la doctrina (BORDA, LORENZETTI, GHERSI; en contra, SALVAT), considerábamos que ésta era una formalidad relativa (GASTALDI - CENTANARO) por lo que resultaba aplicable el régimen de *conversión del acto jurídico* (art. 1185 del CC). De modo que, en suma, la ausencia de escritura pública redundaba en la aplicación, en la actualidad, del art. 969, 2ª parte, del CCC.

Por su parte, constituyen elementos característicos y propios del contrato oneroso de renta vitalicia, los siguientes: a) un capital o prestación susceptible de valor pecuniario; b) una renta; c) el álea.

Respecto del *primer elemento*, como ya hemos señalado, podrá consistir en dinero, cosas o bienes inmateriales —siempre que se les pueda asignar un valor en dinero— y, como resultado de su nueva naturaleza consensual, esta prestación podrá tener como objeto cosas inexistentes o futuras al momento de la celebración del contrato.

Por su parte, en cuanto a la *renta*, éste constituye otro de los elementos esenciales particulares del contrato oneroso de renta vitalicia: es la suma periódica que el deudor deberá abonar al beneficiario.

Al respecto, debe puntualizarse que, según establece el art. 1602, dicha renta debe: a) pagarse en dinero (si se prevé que esta prestación deberá cumplirse con otros bienes, debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago); b) la periodicidad del pago de la renta así como el valor de cada cuota deberá surgir del contrato y, en su defecto, se considerará que cada cuota será de igual valor; y c) como principio, la renta se devengará por período vencido (salvo pacto en contrario de las partes); en su caso, se deberá la parte proporcional por el tiempo transcurrido desde el último vencimiento hasta el fallecimiento del cabeza de renta.

En primer lugar, respecto de la adquisición de la renta, consideramos, junto con LORENZETTI, que cuando la renta se paga por período vencido, es adquirida día por día, y si el cabeza de renta fallece y es discutido si ese día debe computarse, la respuesta es que no debe contarse, ya que los plazos de días se cuentan por día entero. Si la renta se paga por anticipado y se ha fijado un día determinado para el comienzo, es de señalar que el cabeza de renta debe vivir al comenzar dicho día para que surja el derecho a la percepción.

Por otro lado, según nuestro derecho positivo, la renta sólo podrá consistir en dinero o, si consiste en otros bienes, deberá pagarse su equivalente en dinero (conf. art. 1602), siendo aplicable a ella lo normado por el Código Civil y Comercial en materia del cumplimiento de las obligaciones de dar dinero (conf. art. 765).

Además, sobre este último punto cabe destacar que, según nuestro entender, el monto de la renta podría ser fijado, incluso, por un tercero, en el supuesto que las partes así lo hubieran convenido dentro del marco de la libertad contractual.

Respecto de este elemento cobra relevancia, asimismo, lo dispuesto en el art. 1603 del CCC; esto es, el caso en que el contrato hubiese previsto la pluralidad de beneficiarios.

Es que, si bien el caso más común en el contrato oneroso de renta vitalicia, es que la renta se constituya a favor de quien entrega el capital, también podría haberse estipulado (como ya anticipamos) a favor de una o varias personas distintas del dador.

Como hemos dicho, existe la posibilidad de que el acreedor de la renta sea una persona física o jurídica *distinta del constituyente* y señalamos que, en ese caso, nos encontraríamos en presencia de un contrato al cual habrían de aplicarse, en lo concerniente a las relaciones entre el constituyente y el tercero beneficiario, las normas del contrato de donación (salvo que la prestación se hubiese convenido en razón de otro negocio oneroso; conf. art. 1600 *in fine*).

Ahora bien, el Código Civil y Comercial expresamente autoriza en su art. 1603 que la renta puede contratarse en beneficio de una o más personas y en forma sucesiva o simultánea.

Si se tratase del primer caso, el segundo beneficiario debería recibir la renta una vez fallecido el primero (siempre y cuando, claro está, el contrato no se hubiese extinguido de algún modo). Si fuese el segundo, la renta se dividirá en partes iguales (salvo pacto expreso en el contrato) entre los distintos beneficiarios simultáneos. Por su lado, el derecho de acrecer de los beneficiarios (posibilidad de recibir cada uno de ellos la parte proporcional de la renta de un beneficiario fallecido) deberá estar expresamente contemplado en el contrato; caso contrario, se entiende que no cuenta con derecho a acrecer y la renta cesará respecto de la porción del beneficiario fallecido.

Cabe señalar, por último, que, según el último párrafo del art. 1603, el derecho a la renta es absolutamente transmisible por acto entre vivos y por causa de muerte; en otras palabras, salvo pacto en contrario, el beneficiario (fuese el constituyente o un tercero) puede disponer libremente de su derecho a percibir la renta.

En relación con el *álea*, entendemos que se trata de un elemento esencial propio del contrato bajo examen y que su inexistencia produce su nulidad o, en cuyo caso, su atipicidad, pues su ausencia determinaría que estemos dentro de otro tipo contractual.

En efecto, como ya hemos expresado, el alea de este contrato es la duración de la vida del o de los cabezas de renta; de modo que, si la persona del cabeza de renta no existiese al momento de la celebración del contrato, no podría hablarse de un acuerdo válido, por adolecer de un elemento esencial.

A ello apunta la exigencia contenida en el final del art. 1599: el cabeza de renta deberá ser una persona *existente* (con lo cual, conforme la definición del art. 19 del CCC, podría ser una persona por nacer, pero, en ese caso, el contrato quedaría sujeto a la condición resolutoria del nacimiento con vida) y, además, *designa en el contrato* (con lo que resultaría inválido un contrato de este tipo que no trajese la determinación del cabeza de renta).

Sobre esta cuestión, cobra particular relevancia el supuesto contemplado en el art. 1608 y que trata el caso, que más adelante veremos, de extinción (por resolución) del contrato como consecuencia del fallecimiento, bajo ciertas condiciones, del cabeza de renta.

5. EFECTOS

En los arts. 1604 y 1605, el nuevo CCC establece las acciones de las que disponen tanto el constituyente de la renta como el tercero beneficiario.

En primer lugar, se determina la posibilidad, tanto para el dador del capital como para sus herederos, de demandar la resolución del contrato y, por ende, restitución del capital, por incumplimiento del deudor de la renta. Ello, que no es más que una previsión específica relacionada con la facultad, implícita en todo contrato bilateral, que tienen una de las partes para extinguir unilateralmente el contrato por incumplimiento de la otra (arts. 1077 y 1078).

Cabe señalar que, como consecuencia de ello y atento la naturaleza consensual del contrato, también contaría con este derecho el propio deudor de la renta, en la medida en que el constituyente no cumpliera con las obligaciones a su cargo (fundamentalmente, entrega del capital).

Además, si bien ya nos hemos referido a este tema, es preciso agregar que, en virtud de lo normado por la última parte del art. 1604, si la renta se estipulase en beneficio de un tercero, se aplicará, en todo lo no específicamente modificado en este Capítulo, el régimen diseñado por los arts. 1027 y 1028 del CCC: Conforme con ello, brevemente: a) el beneficio concedido al tercero podrá ser revocado libremente mientras no se reciba la aceptación del tercero; asimismo, el tercero podría rechazar el beneficio; b) el tercero que hubiese aceptado obtiene *directamente* los derechos y las facultades resultantes de la estipulación (renta) a su favor; c) las facultades obtenidas por el tercero no se transmiten a sus herederos (salvo estipulación expresa en otro sentido en el contrato); d) el deudor de la renta podría oponer al tercero todas las defensas derivadas del contrato (oneroso de renta vitalicia) así como las fundadas en otras relaciones con él; e) el constituyente o dador del capital podría exigir al deudor el cumplimiento de la prestación respecto del tercero y, también, resolver el contrato en caso de incumplimiento (aquí, es similar a la solución específica contemplada en el art. 1604, 1ª parte).

En segundo lugar, el art. 1605 establece que el tercero beneficiario se constituirá en acreedor de la renta desde su aceptación y, por tanto, tendrá acción directa contra el deudor para obtener su pago. Esta norma es coincidente con lo dispuesto en los citados arts. 1027 y 1028, en tanto, en puridad, se trata de una aplicación particular del caso allí regulado (estipulación a favor de tercero).

Como ya dijimos en el Capítulo correspondiente a los efectos de los contratos, si bien el tercero no es parte en el acto jurídico base (contrato oneroso de renta vitalicia) y, por tanto, no está obligado a satisfacer las prestaciones que asuma el dador del capital a favor del deudor de la renta, ello no quita que su adhesión perfeccionante lo transforme (al tercero beneficiario) en titular del crédito; esto es, en sujeto de dicha obligación.

En efecto, lo característico de este contrato (como de cualquier estipulación a favor de tercero) es que el beneficiario es un tercero ajeno a la relación contractual que ha dado nacimiento a la obligación, pero que, sin embargo, adquiere un derecho de crédito propio para exigir del promitente la prestación. En este marco, adquiere explicación la regla según la cual dicho tercero tendrá acción directa contra el deudor de la renta.

6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

Los arts. 1606, 1607 y 1608 establecen los modos particulares de extinción de este contrato, a saber: a) por muerte del cabeza de renta; b) resolución por falta de garantía; y c) resolución por muerte por propia mano o por enfermedad coetánea al momento de la celebración del contrato.

Veremos cada uno de estos supuestos en particular.

En primer lugar, conforme el art. 1606, la extinción natural de la renta se produce como consecuencia de la muerte de la persona cuya vida se tomó en consideración para la duración del contrato; ello, *por cualquier causa* que fuese.

Entendemos que el contrato se extingue por la muerte del cabeza de renta, pero no así ante la ausencia con presunción de fallecimiento, supuesto en el cual se producirá la suspensión de los efectos del contrato hasta que se declare, en su caso, la muerte del cabeza de renta ausente.

Agrega la norma que, en caso de ser varios los cabezas de renta, el contrato seguirá vigente y la renta se deberá en su totalidad hasta el fallecimiento del último de ellos (salvo, claro está, pacto en contrario). Sería inválida toda cláusula a través de la cual se pretendiese sustituir al cabeza de renta fallecido por otra persona, pues constituiría una indeterminación absoluta del plazo de pago de la renta (LORENZETTI).

El último párrafo del art. 1606 establece que quien tiene la carga de probar el deceso del cabeza de renta será el deudor, principal interesado, ya que el hecho extintivo lo beneficia.

En segundo lugar, el art. 1607 prevé dos supuestos de extinción (por resolución) del contrato bajo examen que ya traía la legislación anterior (conf. art. 2087 del CC).

En efecto, el contrato se extingue ante: a) la ausencia de las garantías prometidas por el deudor en relación con el pago de la renta, fuesen ellas reales o personales; y b) la disminución de las garantías ofrecidas (aún en el caso de que tal disminución se hubiese producido por caso fortuito o fuerza mayor; es decir, sin culpa del deudor —solución diversa de la contenida en la norma anteriormente vigente—).

Como hemos dicho, tratándose de un supuesto de resolución, serán aplicables las reglas contenidas en los arts. 1077, 1078 y concordantes del CCC; sin perjuicio de ello y conforme lo normado por la última parte del art. 1607, la consecuencia de la resolución será la restitución del capital a quien lo entregó (constituyente) o a sus herederos; esta solución pone punto final a la discusión habida bajo el anterior art. 1087 y en el marco de la cual algunos autores sostenían que el deudor debía devolver el capital y, también, sus intereses y frutos.

En tercer lugar, el art. 1068 modifica un supuesto tradicional de extinción del contrato por invalidez (conf. art. 2078 del CC). En la regulación actual, se establece que: "Si la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato [cabeza de renta] no es el deudor, y dentro de los treinta días de celebrado, fallece por propia mano o por una enfermedad que padecía al momento del contrato, éste se resuelve de pleno derecho y deben restituirse las prestaciones".

Se trata aquí, pues, de un supuesto de extinción por resolución y no de nulidad (como bajo el régimen anterior). Se entiende que, en este caso, la resolución opera como consecuencia de la afectación del álea del contrato.

CAPÍTULO XXXIX - JUEGO Y DE APUESTA. CON LA COLABORACIÓN DE MARÍA LUZ PAPAVERO

1. CONTRATOS ALEATORIOS. REMISIÓN

El concepto de aleatoriedad contractual nos lo brinda el codificador en el art. 968 del CCC al expresar que los contratos serán aleatorios cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependan de un acontecimiento incierto; esta previsión resulta coincidente con lo normado en la legislación anterior por el art. 2051 del CC.

En consecuencia, esta definición plantea que los contratos revestirán el carácter de aleatorios cuando las ventajas o las pérdidas que razonablemente podría acarrear un contrato no fuesen conocidas por una o todas las partes al momento de la celebración del negocio, ya que su suerte está sujeta al álea, que es generada por un suceso futuro e incierto.

Cabe aclarar que, según la opinión sostenida por gran parte de la doctrina y, ahora, por el propio art. 968, este fenómeno sólo podría darse en los contratos onerosos, convirtiendo a esta clasificación en una subespecie de aquéllos. Sin embargo, como ya lo hemos dicho, no vemos porqué tales clasificaciones no podrían resultar independientes y abarcar, por lo tanto, a la totalidad de los contratos. En efecto, esta clasificación (aleatorios - conmutativos) podría predicarse tanto de los onerosos como de los gratuitos, no siendo una mera subclasificación de los primeros (como ejemplo, podemos pensar en una atípica renta vitalicia gratuita, cuya duración depende de la vida del beneficiario).

2. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE JUEGO.

Este contrato ya se encontraba regulado en el anterior CC a partir del art. 2052, dentro del marco de los contratos aleatorios.

Destacamos que aquella regulación sólo le otorgaba acción de cumplimiento a aquellos juegos, denominados *tutelados*, que implicaran destreza física (art. 2055 del CC). A partir de esta conceptualización el régimen anterior permitía el establecimiento de otras dos categorías: la de juegos *no tutelados* (o *tolerados*), esto es, aquellos que no proveían de acción para reclamar el cumplimiento de las obligaciones que pudieran surgir de ellos y, finalmente, la de juegos *prohibidos*, es decir, aquellos no permitidos por disposiciones nacionales o locales.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial reduce la regulación anterior de dieciocho a cinco artículos, en armonía con las pautas fijadas por el Proyecto de 1998, el cual lo definía de la siguiente manera: hay contrato de juego si dos o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea sólo parcialmente, obligándose a pagar a la que gane un bien mensurable en dinero.

3. JUEGO Y CONTRATO DE JUEGO. CONCEPTO.

Como primer punto, debemos distinguir ciertos conceptos que se hallan de tal modo relacionados, que son causantes de numerosas confusiones.

Siguiendo a lo postulado por CIFUENTES, el juego resulta ser "una actividad recreativa y competitiva de superación de un riesgo creado artificialmente, que depende de la habilidad (física o intelectual) y del azar, y que se encuentra sujeto a reglas predeterminadas". Entonces, aquí vemos que el juego en sí mismo no constituye un contrato —sino que es, más bien, un hecho lúdico—.

No obstante, lo cierto es que esta "actividad recreativa", en cuanto incorpora una consecuencia jurídica que se traduce en una consecuencia de contenido patrimonial, se transforma, para nuestro derecho, en un contrato (LEIVA FERNÁNDEZ).

Es por ello que el art. 1609 del CCC establece que "hay contrato de juego si dos o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea sólo parcialmente, obligándose a pagar un bien mensurable en dinero a quien la gane". Claramente, la consecuencia de naturaleza patrimonial está explícitamente consagrada en el texto legal, ayudando así a evitar cualquier tipo de confusión con la acción de jugar propiamente dicha.

Esta nueva redacción es coincidente con la opinión que sosteníamos, mediante la cual podía descartarse el elemento "azar" dentro del juego. Teniendo en cuenta la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española, a éste se lo define como casualidad, caso fortuito; y toma entre las acepciones de la habilidad, al enredo dispuesto con ingenio, disímulo

y maña. El ejemplo que proponemos es el caso del ajedrez: aquí el azar no es un elemento determinante del triunfo, siendo este último mérito de la habilidad y los movimientos llevados a cabo por cada jugador.

Finalmente, para una mejor comprensión, podemos extraer los caracteres generales de la actividad a la cual hemos llamado "juego":

a) Los contratantes deben participar de la actividad que constituye el juego, debiendo tener una injerencia activa en su resultado, volcando en él su persona y habilidades, ya sean físicas o intelectuales. Es decir, que las partes no pueden ser meros espectadores del hecho, sino deben formar parte activamente de él;

b) Se constituye una obligación entre ganador - perdedor de dicho juego, la cual deberá ser satisfecha por medio de un bien mensurable en dinero a favor del ganador;

c) La actividad es realizada para la superación de un riesgo artificialmente creado. En el juego, el hombre no se limita a supeditar una obligación a un riesgo determinado, sino que él mismo provoca y queda inmerso en ese riesgo que es el que le permite entrar en competición;

d) Dicha superación puede depender de la habilidad o del azar, o bien, ambas.

4. CARACTERES

En primer lugar, se trata de un contrato *bilateral*. Esto resulta de la obligación de ambas partes de participar de modo activo en el juego, como ya hicimos referencia. Existen, en consecuencia, obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes.

Sin perjuicio de ello, creemos que es preciso señalar que este contrato también puede ser considerado como plurilateral, ya que cabe la posibilidad de ser celebrado por más de dos personas. Efectivamente, revestirá tal carácter cuando en el mismo puedan participar —*ab initio* o luego de su formación— varias (reiteramos, más de dos), partes.

En segundo lugar, el contrato de juego es *oneroso*. En efecto, la propia definición incluye la ventaja que las partes tienen en miras a obtener: una suma dineraria. En consecuencia, podemos afirmar que el Código Civil y Comercial continúa reglando el juego interesado: esto se traduce en que no puede tratarse en ningún caso de un contrato gratuito, correspondiendo encuadrar al llamado "juego desinteresado" como una mera convención.

En tercer lugar, el contrato queda concluido para producir sus efectos propios desde que las partes se obligan a jugar, es decir que es *consensual*. Por lo tanto, surge del contrato una obligación de hacer.

Desde nuestro punto de vista, se crea una obligación de jugar en la medida en que, en muchos casos, sino en todos, no jugar produce un daño y, por lo tanto, genera responsabilidad. Esto significa que la obligación de jugar se puede regular por el art. 730 del CCC, a saber: a) cumplimiento efectivo; b) cumplimiento por tercero; y c) indemnización.

Existen, así, dos obligaciones en el contrato de juego: en primer término, de jugar, para ambas partes, y, en segundo término, de pagar al ganador.

En cuarto lugar, es un contrato *no formal*. Así, al igual que ocurría en la anterior regulación, no se requiere una forma específica o solemne para su instrumentación, pudiendo celebrarse incluso verbalmente.

En quinto lugar, se trata de un contrato *personal* o *intuitu personae*. Esto constituirá una nota determinante de este contrato si las partes han tenido en miras al momento de contratar las características personales del otro contratante. De este modo, si ésta estuviera ausente, el acuerdo no se habría llevado a cabo.

5. CAPACIDAD

En lo que respecta a este tema, el Código Civil y Comercial, siguiendo las pautas de su antecesor, no incluye una regulación específica, siendo aplicable la normativa general sobre la capacidad para contratar contenida en las disposiciones sobre capacidad en general.

Por otro lado, encontramos algunas disposiciones relativas a este tema fuera de la normativa civil y comercial.

En efecto, atento lo dispuesto por las leyes procesales, existe incompatibilidad por parte de los magistrados, funcionarios y empleados de la justicia nacional para celebrar contratos de juego y apuesta. Así lo dispone expresamente el art. 9º del Decreto-Ley 1285/58 (texto según ley 21.341, art. 1º), cuando establece que "a los jueces de la Nación les está prohibido practicar juegos de azar, concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo".

También es regulado por la acordada 17/12/52, de la CSJN (Reglamento para la Justicia Nacional), cuando, al regular las obligaciones de magistrados, funcionarios y empleados, establece en su art. 8º, inc. g), que tales personas no podrán "practicar juegos por dinero ni frecuentar lugares destinados a ellos".

6. ELEMENTOS ESENCIALES: CONSENTIMIENTO, OBJETO Y CAUSA

En relación con el *consentimiento*, resultan de aplicación las normas sobre este elemento esencial de los contratos. Por ende puede hablarse de un consentimiento prestado entre ausentes. Así, sería factible el mutuo acuerdo prestado por las partes que se encuentran a distancia, para entregarse al juego. Sería dudoso, por su lado, el caso en que ambas participaran activamente pero separadas especialmente, por la dificultad de comprobación de aquel extremo, que tornaría posible la suplantación del contratante por otro jugador. Tal supuesto puede darse en el juego informatizado, donde cada participante puede hacerlo desde su propio dispositivo tecnológico personal (computadora, teléfono celular, *tablet*), y a través de ello, comunicarse con su contrincante.

Con respecto al *objeto*, cabe señalar que el contenido de este contrato, como ya señalamos, se plasma en un hacer, precisamente, jugar. Así, nace para las partes la obligación de hacer consistente en entregarse al juego. Éstas acuerdan intervenir en forma activa y personal en la materia lúdica. En efecto, la participación de cada jugador, es tipificante de este contrato.

En cuanto a la *causa*, debemos recordar que este elemento esencial de los contratos nos conduce a la finalidad perseguida por las partes contratantes. Éstas pueden jugar como mero pasatiempo, por divertimento o esparcimiento, o con el fin de ganar u otros. Pero siempre deberán hacerlo por dinero, para enmarcarse en el ámbito contractual.

Por su parte, respecto de la forma y la prueba, ya hemos visto, en primer lugar, que el contrato de juego no requiere de una forma en particular, pudiendo celebrarse aún verbalmente. Por lo tanto, en este contrato prima la regla general de la "libertad de formas", contenida en los arts. 1015 y 284.

De este modo, cuando la ley o los contratantes no imponen una forma determinada, ella tendrá una finalidad esencialmente probatoria, integrando el universo de los contratos que han sido denominados *ad probationem*. Al respecto, sostenemos que se debe tener en miras el art. 1020, primer párrafo, según el cual "los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental o comienzo de su ejecución". Al respecto, corresponde remitir a lo que hemos dicho en el capítulo respectivo.

Aplicado al ámbito del contrato examinado, podemos afirmar que constituyen algunos medios de prueba: a) testigos (con la aclaración prevista en la última parte del art. 1019 del CCC); b) en concordancia con lo dispuesto en el art. 1020, 2º párrafo, recurrir al denominado principio de prueba instrumental (cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato); y c) aplicar, asimismo, el principio de ejecución del contrato.

En suma, estamos en condiciones de afirmar que, al igual que en la legislación derogada, existe plena amplitud probatoria.

7. APUESTA. CONCEPTO

El Código Civil y Comercial no nos brinda una noción legal del contrato de apuesta como autónomo, a diferencia de su antecesor. De acuerdo al art. 2053 del CC, "la apuesta sucederá, cuando dos personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia, conviniesen que aquella cuya opinión resulte fundada, recibirá de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado".

La diferencia entre el juego y la apuesta estaba dada en que las partes del juego se involucran directamente, existiendo participación activa por parte de ellas como ya explicamos. Mientras tanto, en la apuesta, no hay participación determinante de los contratantes, dependiendo ésta del puro azar, pudiendo recaer sobre un hecho pasado, presente o futuro.

Pese a que en nuestra opinión ambos son contratos, y así lo evidencia el título del capítulo 25, el nuevo régimen no establece qué reglas específicas aplicar a la apuesta.

Según lo que surge del art. 1611, los juegos de puro azar —donde el hecho incierto depende exclusivamente del álea—, están privados de acción para exigir su cumplimiento. Es decir, que en la práctica, éstos se equiparan con la apuesta, independientemente de que exista alguna prohibición dentro del marco administrativo.

8. JUEGOS TUTELADOS

Según lo que se concluye de la norma genérica de los arts. 1609 y 1611, primera parte, se pueden demandar en sede judicial o arbitral las deudas de juego que provengan del ejercicio de la habilidad o fuerza física y las que sean como resultado de la destreza intelectual.

Asimismo, cabe realizar la distinción que ya antes se realizaba entre: a) juegos que *confieren acción* para el exigir el cumplimiento de la prestación prometida (art. 1609); b) juegos que *no confieren acción*, pero que no están prohibidos (juegos de puro azar), por lo que constituyen una obligación natural y respecto de los cuales lo pagado resulta irrepetible —salvo excepciones— (art. 1611); y c) juegos *prohibidos*, esto es, aquellos no autorizados por la normativa nacional o local aplicable (art. 1611, a *contrario sensu*).

Cabe señalar que, en el anterior sistema, el art. 2055 del CC ([ley 340](#)) contemplaba únicamente el reclamo de las deudas originadas como consecuencia de los juegos que provinieran de "...ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes...". Así, implícitamente, se dejaban sin tutela (a lo sumo, como juegos tolerados que no daban acción) a aquellas deudas contraídas a causa de un juego que tuviera su origen en una operación intelectual del jugador (damas, ajedrez, juegos de estrategia, etc.).

El sistema vigente a partir de la sanción del Código Civil y Comercial otorga acción a ambas modalidades de juego, excluyendo de la tutela a los juegos de puro azar.

9. JUEGOS PROHIBIDOS

Como anticipamos, éstos no dan origen a obligación alguna. Tal sería el caso de aquellos prohibidos expresamente por una norma, como ocurre en el decreto-ley 6618/57, el cual se complementa con el ya mencionado art. 1611.

Dicha norma prohíbe, en su art. 2º, el juego de azar, como todo tipo de juego por dinero o valores en que las ganancias o pérdidas dependan en forma exclusiva o preponderante de la suerte. Además de los requisitos del azar y del lucro, incluye la ocurrencia del mismo en una casa de juego. Asimismo, se vedan las apuestas sobre carreras de caballos fuera del hipódromo o del local donde sean autorizadas.

10. PAGO EFECTUADO POR UN INCAPAZ

El párrafo segundo del mencionado art. 1611 del CCC, unifica la legitimación pasiva en estos casos: el pago efectuado por persona incapaz, o con capacidad restringida o inhabilitada es susceptible de ser repetido. Aquí, los Fundamentos introducen el concepto de "norma protectoria", permitiendo que los representantes legales de los interdictos y menores siempre tengan acción de repetición del pago efectuado por su representado, basándose para ello en el criterio objetivo de la falta de aptitud de hecho de aquéllos.

Esto modifica diametralmente lo estipulado en el art. 2067 del CC ([ley 340](#)) y, consecuentemente, las posturas doctrinarias formuladas al respecto.

Se distinguía, en primer lugar, las acciones conforme al conocimiento que hubieran tenido los participantes y los titulares de las casa de juego, y en este supuesto, según se tratara de una casa profesional o particular.

En el primer caso, era indiferente el conocimiento que hubiesen poseído las partes —tanto ganador como perdedor— o el propietario de la casa profesional de juego, a causa de que la motivación de la norma recaía en la ilicitud de promover el juego con incapaces. En virtud de esto, la acción de repetición tenía su fundamento en un pago inválido, es decir, nulo por haber sido efectuado por alguien que no tenía capacidad de ejercicio para hacerlo.

Al tratarse de una casa particular, los representantes del incapaz estaban obligados a acreditar fehacientemente el conocimiento por parte del dueño o encargado de la incapacidad. Es decir, que se fundaba en el dolo entendido en el art. 1072, es decir en su acepción de ilícito civil. Empero, la acción a entablar estaba caracterizada por la solidaridad propia de los actos ilícitos.

11. OFERTA AL PÚBLICA O APUESTA PERMITIDA.

11.1. Introducción

En el CC ([ley 340](#)) no se encuentra contemplada, ya que no se pudo prever la expansión del juego, cuando éste es organizado por el Estado, con el objetivo de incrementar sus arcas y así volcar estas ganancias en fines de bien público.

En este capítulo ya habíamos dicho que el art. 1611 del CCC establece que las actividades que estén sujetas pura y exclusivamente del azar están prohibidas y no tienen acción alguna para exigir su cumplimiento.

Ahora bien, el art. 1612 del CCC, en su primera parte, enuncia: "las apuestas y sorteos ofrecidos al público confieren acción para su cumplimiento".

En virtud de este supuesto, entonces, podemos postular las siguientes conclusiones:

a) El supuesto establecido en el art. 1612 del CCC contempla que las apuestas y los sorteos se hayan efectuado en un ámbito público, pudiendo estar dado por un aviso público y masivo, o por realizarse en el marco de una agencia habilitada.

b) El caso normado en el art. 1611 del CCC se refieren específicamente a apuestas realizadas en la clandestinidad, esto es, en base a lo analizado, carentes de una amplia difusión pública, y realizadas fuera de las agencias y comercios destinados al efecto.

En consecuencia, estamos en condiciones de afirmar que el Código Civil y Comercial establece al supuesto del art. 1612 como una excepción, denominándolo "apuesta permitida".

11.2. Sujetos

En base al párrafo segundo del art. 1612 del CCC, podemos establecer dos clases de sujetos:

a) *Oferente*: en los términos del art. 1093 del CCC, podemos conceptualizarlo como "...una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social". En este caso, su actividad sería ofrecer apuestas o sorteos mediante la oferta pública, utilizando como medio para hacerlo la publicidad.

b) *Apostador o participante*: quien interviene en la apuesta, aceptando la oferta pública aludida.

11.3. Responsabilidad. Remisión

Es evidente que el oferente será responsable ante el participante ante su incumplimiento, como consecuencia de la perfección de un negocio jurídico dotado de acción legal.

Sin embargo, es preciso destacar que esta responsabilidad presenta un alcance holgadamente superior cuando se recurre a la publicidad, ya que también se debe individualizar al oferente. Si esto no es posible, el responsable será quien efectúa la publicidad, equiparándose de este modo al oferente. Claramente aquí podemos ver un ejemplo práctico —aunque quizás, no tan común—, de la responsabilidad solidaria surgida en virtud de una relación de consumo. Para su mejor comprensión, remitimos al capítulo pertinente.

12. FACULTADES DEL JUEZ

12.1. Antecedentes, fuentes y criterios

En el CC ([ley 340](#)), los contratos celebrados sobre los juegos mencionados por el art. 2055 engendraban obligaciones accionables por lo que no resultaban aplicables a los efectos de las deudas de juegos, sino de las normas generales. Sobre el particular, el referido Código, en su art. 2056, disponía que ante el reclamo de una deuda proveniente de los juegos tutelados los jueces tenían la facultad de moderarla cuando sea extraordinaria respecto a la fortuna del deudor. Es decir, que el parámetro para la morigeración de la deuda estaba dado por un factor personal, en otras palabras, subjetivo.

El nuevo texto legal, si bien conserva el espíritu del 2056, mejora su redacción armonizándola con el art. 1523 del Proyecto del 1998. En tal sentido, en los Fundamentos del Código Civil y Comercial se ha explicado que nuevamente estamos frente a una "norma protectoria". Conforme con ello, se propone un criterio mixto de morigeración de deudas: en primer lugar, objetivo —tomar en consideración el monto de la deuda— y en segundo lugar, subjetivo —las condiciones personales del deudor—.

12.2. Principio de equidad

Teniendo en miras que el contrato de juego es precisamente eso, un contrato, y como tal es fuente de obligaciones, está amparado legalmente que su cumplimiento sea compulsivo por parte del acreedor, ya sea por vía judicial o arbitral.

El nuevo art. 1610 del CCC permite introducir un factor externo a la relación jurídica, el cual hemos decidido denominar como "equidad". Su justificativo está dado por la sospecha de avasallamientos de una parte con respecto a la otra, que recae con habitualidad sobre este tipo de contratos.

Estos avasallamientos pueden consistir en fraudes, cláusulas o prácticas abusivas que colocan a una de las partes — generalmente, quien resulta ser vencedor—, en una situación de superioridad y ventaja con respecto de la otra.

A nuestro entender, el juego debe tender al esparcimiento y al desarrollo físico e intelectual de los participantes y no a un modo desproporcionado y veloz de incrementar el patrimonio de la parte triunfante.

Por lo tanto, tratándose de un supuesto de carácter excepcional, su interpretación es restrictiva, no pudiendo aplicarse este precepto análogamente a otras manifestaciones lúdicas tales como las rifas, ruletas, loterías o juegos de máquinas.

Es necesario puntualizar que, al encontrarse derogadas las obligaciones naturales, el monto de la deuda no reconocido por el deudor constituirá un deber moral o de conciencia.

13. JUEGOS Y APUESTAS REGULADOS POR EL ESTADO

13.1. Introducción

Atento a lo dispuesto por el art. 1613, "los juegos, apuestas y sorteos reglamentados por el Estado nacional, provincial, o municipios, están excluidos de este Capítulo y regidos por las normas que los autorizan". Por lo tanto, éstos serán regulados por normas de derecho público, ajenas al ámbito de nuestro estudio. En palabras de PITA, "el Estado es el organizador del juego, quedando obligado a prestaciones propias de este vínculo, que si bien es de naturaleza aleatoria, se encuentra a su vez, sometido a disposiciones de carácter administrativo".

Si bien el texto legal ha sido modificado, el espíritu de su antecesor —el art. 2069—, continúa, en cierto modo, vigente: "las loterías y rifas, cuando se permitan, serán regidas por las respectivas ordenanzas municipales o reglamentos de policía". Solamente que se haya complementado por el art. 1526 del Proyecto de unificación del año 1998.

13.2. Prueba y responsabilidad

Es común que la reglamentación de los derechos y obligaciones de las partes, así como los medios de prueba y las pautas para ser acreedor del premio, se encuentre contenida en disposiciones de carácter administrativo. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha señalado que en aquellas cuestiones no previstas se aplicaría de modo subsidiario el Código Civil. Creemos que, ante la ausencia de una norma específica que disponga lo contrario, ésta debe continuar en vigor.

En relación con la responsabilidad emanada de esta relación jurídica, éstas generalmente se encuentran contenidas en el billete, o dentro del reglamento administrativo al que acabamos hacer referencia.

1. CONCEPTO. TERMINOLOGÍA. NOCIÓN

El contrato en estudio está regulado en el Capítulo 26 del Libro III, y, acertadamente, bajo la denominación "cesión de derechos" en sustitución de la vieja expresión del Código Civil ([ley 340](#)): "cesión de créditos".

Dicho cambio terminológico, resulta de importancia, toda vez que llamarlo "cesión de créditos" implicaría limitar el contrato sólo a la transmisión de éstos, que constituyen —en definitiva— una especie dentro del género de los derechos.

Por el contrario, nombrarlo como "cesión de derechos" resulta abarcativo de todos aquellos que puedan resultar objeto de contrato como, por ejemplo, los derechos reales y los intelectuales.

El Código Civil y Comercial, en su art. 1614 establece que: "Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho".

SPOTA, conceptúa el contrato diciendo que existe cesión de derechos cuando una de las partes (el cedente) se obliga frente a la otra parte (el cesionario) mediante una contraprestación que ésta debe efectuar o aún sin contraprestación, es decir, a título gratuito, a transmitir un derecho patrimonial ("bienes" en sentido estricto, aun comprendiendo universalidades jurídicas y derechos reales que no constituyen dominio o condominio). Ello, en tanto el ordenamiento jurídico o la convención no hayan prohibido total o parcialmente este negocio jurídico de disposición que asume, en su etapa de cumplimiento, el carácter de negocio transmissivo de derechos con eficacia frente a terceros en virtud de notificación por acto público al deudor cedido (tratándose de créditos).

Nosotros definimos la cesión de derechos como el contrato por el cual una parte —titular del derecho— transfiere a la otra, que acepta, a título oneroso o gratuito, un objeto incorporal, debiendo notificarse al deudor cedido para ser oponible a terceros.

Las partes son el cedente que es quien transfiere el derecho y, por otro lado, el cesionario que es quien recibe el objeto incorporal y deberá abonar el precio de resultar el contrato oneroso.

Corresponde aclarar que tratándose de la transmisión de créditos surgirá la figura del deudor del derecho que se cede. Dicho sujeto conocido como deudor cedido o *debitor cesus*, no constituye parte del contrato sino un simple tercero interesado. En consecuencia, resulta totalmente irrelevante su posición u opinión respecto del negocio que involucra la transmisión de un crédito.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se ha admitido que el contrato de cesión no era conocido en el primitivo Derecho romano, lo cual se explica por el concepto personalísimo que se tenía de la "obligación" y que tornaba como improponible la idea de un cambio de acreedor.

Luego, el Derecho romano admitiría la transmisión de las obligaciones *mortis causa* o con motivo de muerte por lo que el heredero era un continuador del causante (fallecido).

Con el tiempo y la expansión de Roma, las necesidades del mundo de los negocios hicieron comprender que un crédito era un bien como cualquier otro y, como tal, apto de negociarse de modo que permitiera a su

titular adquirir recursos económicos, sin necesidad de esperar el vencimiento del plazo. Por tanto, se avanzó en la concepción de la cesión pero en realidad se arribó a una especie de novación por cambio de acreedor que exigía el consentimiento, lógicamente, del deudor.

Posteriormente, los juristas romanos recurrieron a la figura del mandato. Con la denominada *procuratio in rem suam*, se conformaba un mandato por el cual el acreedor daba a la persona en cuyo beneficio quería traspasar, el crédito para la cobranza judicial del mismo, con la facultad de hacer suya la prestación debida. Empero, tampoco esta figura fue totalmente eficaz. Luego, en el siglo III DC las constituciones de ALEJANDRO SEVERO y de GORDIANO, crearon el sistema de la *denuntiatio* por la cual el *procurator in rem suam* podía obtener la certeza de su derecho notificándole al deudor la cesión producida. Concordamos con ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, que esta última figura sería el verdadero antecedente más cercano de la actual cesión.

3. IMPORTANCIA O UTILIDAD DEL NEGOCIO

En la actualidad, existe consenso que la cesión de los derechos (en forma gratuita u onerosa) ha adquirido una importante preponderancia y utilidad práctica.

La transmisión de créditos, de deudas y de "posiciones contractuales" se utiliza con plenitud para satisfacer una serie importantísima de negocios.

Habitualmente, el acto encierra una finalidad de especulación. Para el cedente, la cesión onerosa involucra una oportunidad rápida de percibir el crédito, tanto cuando está sujeto a plazo, en cuyo caso le permite adelantar el cobro, como en el supuesto de estar vencido y el deudor demorar el pago. Con relación al cesionario, el interés radica en la posible ganancia que le posibilita el negocio.

Cabe precisar que si bien hemos puntualizado en la cesión de créditos, lógicamente, la utilidad de este contrato se extiende a los derechos en general. Un ejemplo de esto último se advierte en la "cesión de herencia", que facilita y agiliza los negocios en el campo de las acciones y derechos hereditarios.

No obstante ello, el proceso económico se ha extendido y en la actualidad advertimos la comercialización de pagarés, cheques, letras de cambio, hipotecas, prendas, el *factoring*, entre otros ejemplos o situaciones.

Las empresas actuales tienen su valor centrado en bienes inmateriales: marca, *know-how*, créditos a cobrar medibles como *cash flow*. Los fenómenos de adquisición de empresas, o de toma hostil, o de fusiones, se basan en estos presupuestos: se adquieren los créditos a cobrar mediante cesiones de carteras, se adquiere la marca, se ceden paquetes accionarios.

4. CARACTERES

Con relación a este contrato podemos mencionar los siguientes caracteres generales —para toda clase de cesión—:

- a) Es consensual, pues queda perfeccionado por el mero consentimiento de las partes.

b) Es conmutativo, con independencia de que sea conmutativo o aleatorio el crédito objeto de transmisión. SALVAT sostiene que es conmutativo para el cedente, y aleatorio para el cesionario por depender las ganancias o pérdidas de la medida en que logre percibir el crédito.

c) Es un contrato nominado. Toda vez que el Código establece una regulación legal.

d) Se trata de un contrato oneroso, cuando el derecho se intercambia por un precio en dinero, una cosa u otro derecho. También será gratuito cuando con motivo de una liberalidad el cedente transmite el derecho sin que exista contraprestación. En consecuencia, será oneroso, en las denominadas cesión-venta y cesión-permuta y gratuito en la cesión-donación (art. 1614 del CCC).

e) Será también *bilateral* en la medida que existan prestaciones recíprocas (cesión-venta y permuta) o *unilateral*, cuando el único obligado resulte el donante en beneficiar al donatario (cesión-donación).

f) Es un contrato *formal*. Se exige la forma escrita para toda cesión. Sin embargo, la norma puntualiza que tratándose de derechos hereditarios, litigiosos o instrumentados por escritura pública se requerirá de una solemnidad mayor: la escritura pública. Excepcionalmente, tratándose de títulos al portador no se requerirá otra formalidad que la simple entrega o endoso (de corresponder).

5. COMPARACIÓN CON FIGURAS AFINES

5.1. Con la novación

Resulta estrecha la distinción de la novación por cambio de acreedor prevista en el art. 937 del CCC, al extremo que éste fue el criterio original de los romanos para realizar el contrato que ahora estamos analizando.

La novación, como es sabido, es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada reemplazarla (art. 933 del CCC).

Ahora bien, de conformidad con el art. 937 del CCC "La novación por cambio de acreedor requiere el consentimiento del deudor. Si este consentimiento no es prestado, hay cesión de crédito".

En una y otra situación hay sustitución de un acreedor por otro. Mas, existen diferencias, pues en la novación, al propio tiempo que cambia el acreedor, se extingue la obligación precedente y se da nacimiento a otra nueva; mientras en la cesión de créditos subsiste la obligación transmitida, pese al cambio de acreedor. Además, la norma puntualiza el necesario consentimiento del deudor puesto que, de lo contrario, se está frente a una cesión.

5.2. Con la subrogación convencional

La subrogación convencional (art. 914 y ss. del CCC), tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda.

La diferencia entre esta subrogación convencional y la cesión de créditos, estriba en que en la última existe algo de especulación, que no se aprecia en la primera, toda vez que el tercero que se subroga sólo puede exigirle al deudor lo que efectivamente desembolsó en su calidad de subrogante.

Quien subroga a otro en su situación de acreedor no asume por ello responsabilidad por la evicción, ni garantiza la existencia y legitimidad del crédito, responsabilidades todas que, sin embargo, pesan —en principio— sobre el cedente.

5.3. Con la compraventa y la permuta

Quando un derecho es cedido por un precio en dinero, merece ser comparado con el contrato de compraventa. Avala la similitud lo normado por el art. 1614 del CCC, pues en tal supuesto declara aplicables las reglas de la venta a la cesión, siempre que no hayan sido modificadas en la regulación de esta última.

Desde el perfeccionamiento de ambos negocios, cabe destacar que en la compraventa el enajenante se obliga a transferir el dominio de una cosa, mientras que en la cesión hay transferencia instantánea con la mera celebración.

Otro aspecto distintivo entre ambas figuras se advierte desde el objeto. En la compraventa son las cosas, mientras que en la cesión son los derechos (creditorios, reales e intelectuales). Además, otro elemento que los diferencia es que en la cesión el contrato podría resultar gratuito, característica que no podría darse en la compraventa.

Dicha distinción, le cabría también a la permuta que se materializa en la medida que las partes se obliguen recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero (art. 1172 del CCC). Por su similitud con la compraventa (con la salvedad de la falta de precio) cabe la remisión de la comparación de la cesión con la primera.

5.4. Con la donación

Conforme el art. 1542 del CCC, "Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta".

Nuevamente cabe la puntualización en torno a que la transferencia del derecho se formula con la celebración del negocio y que el objeto reside en bienes inmateriales: derechos.

En cambio, en la donación el donante asume la obligación de transferir un objeto material.

Por otra parte, la cesión puede ser gratuita u onerosa, sólo en el primer caso encontrará la mayor similitud con la donación.

6. ELEMENTOS

6.1. Sujetos

Como se adelantara en el acápite de la noción del contrato, las partes son el cedente que es quien transfiere el derecho y el cesionario que es quien recibe el objeto incorporal y deberá abonar el precio de resultar el contrato oneroso.

Tratándose la cesión de un acto de disposición, la capacidad que se requerirá para el cedente la de poder disponer, mientras que el cesionario deberá poderse obligar.

6.2. Consentimiento

La fusión de las voluntades individuales en una declaración común se plasma en el contrato de cesión de conformidad del art. 971 y concordantes del CCC. Los efectos entre cedente y cesionario se producen por el solo acuerdo, sin perjuicio de la ampliación que formularemos en el acápite de efectos.

6.3. Objeto

El objeto del contrato en estudio son los derechos, tal cual surge con claridad de lo normado por el art. 1616 del CCC "Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho". Por tanto, pueden cederse todos los derechos patrimoniales siempre que su enajenación no sea prohibida legal o convencionalmente.

La doctrina y la jurisprudencia han ido interpretando con amplitud los supuestos de cesión, por lo que podrían ser objeto de este negocio los créditos exigibles, los aleatorios, a plazo, los litigiosos, los sujetos a condición, o derechos sobre cosas futuras, universalidades jurídicas (fondo de comercio), etc.

Incesibilidad

La imposibilidad de ceder uno o más derechos podrá surgir de la ley o del mismo acuerdo de las partes. En consecuencia distinguimos:

a) Legal

Desde luego, la ley establece bajo esta sección 1ª del Capítulo 26 que no pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana (derechos personalísimos) (art. 1617 del CCC), lo que los torna en supuestos de incesibilidad.

Veamos otros supuestos del Código:

i) *Herencias futuras*. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo, como principio, los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares (art. 1010 del CCC). Lógicamente que tratándose de "derechos" hereditarios futuros, se prohíbe su transmisión a través del contrato de cesión. Se plantea la imposibilidad por la inmoralidad que presupone especular con la muerte de una persona aun viva.

ii) *Pacto de preferencia*. En el marco del contrato de compraventa se establece que el pacto de preferencia es aquél por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla. Y agrega, "El derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos" (art. 1165 del CCC).

iii) *Franquicia*. Otro supuesto que se menciona en el Código es en el art. 1518 cuando prescribe en el marco del contrato de franquicia que —salvo pacto en contrario— "...el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente..."

b) Convencional

El mencionado art. 1616 del CCC establece como pauta general que todos los derechos pueden ser cedidos salvo supuestos de excepción. Dentro de estos últimos se menciona "la convención". Resulta simplemente la posibilidad de la que gozan las partes de poder establecer un supuesto de incesibilidad de común acuerdo.

6.4. Causa

La causa general de este contrato consiste en la transferencia de la titularidad de un derecho, salvo en la cesión en garantía (art. 1615 del CCC).

Con relación a las nociones básicas acerca de este elemento, remitimos a los conceptos desarrollados en el Capítulo VII de Causa de esta obra.

6.5. Forma

En materia de solemnidades, la ley es muy precisa en el art. 1618 del CCC. Allí se establece que: "La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. Deben otorgarse por escritura pública: a) la cesión de derechos hereditarios; b) la cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento; c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública".

Definitivamente se trata de un contrato formal. Se exige la forma escrita para toda cesión. Sin embargo, la norma puntualiza que tratándose de derechos hereditarios, litigiosos o instrumentados por escritura pública se requerirá de una solemnidad mayor: la escritura pública. Excepcionalmente, tratándose de títulos al portador no se requerirá otra formalidad que la simple entrega o endoso (de corresponder).

Bajo la órbita del Código Civil ([ley 340](#)), la forma escrita debía hacerse "bajo pena de nulidad", frase que no existe en el nuevo texto y que había despertado cierta discusión en la doctrina y jurisprudencia acerca de si se trataba de una forma solemne (*ad solemnitatem*) absoluta, relativa o, en definitiva, si se vinculaba una solemnidad probatoria (*ad probationem*).

Entendemos que al exigirse la forma escrita y ya sin la expresión "bajo pena de nulidad", ésta será a los efectos probatorios (*ad probationem*). Por lo tanto el contrato sólo podría probarse a través del instrumento particular, admitiéndose las hipótesis del art. 1020 del CCC.

En cambio, serán formales relativos en los supuestos de cesión de derechos hereditarios, cesión de derechos litigiosos y de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública, situaciones sobre las que así se puntualizaba previo a la reforma.

Finalmente, en otro orden y como se adelantó, no se requerirá de formalidad alguna en la transmisión del título por endoso o por entrega manual (cheque, pagaré, etc.).

Algunas precisiones vinculadas a la forma

Según se vio, existe una formalidad específica con relación a los derechos hereditarios y a la cesión de derechos litigiosos. Sin embargo, cabe preguntarse cuándo estamos frente a ellos.

Derechos hereditarios. Sin perjuicio de una posterior ampliación, diremos que existe cesión de este tipo de derechos cuando el titular de toda o una parte alícuota de la herencia transmite total o parcialmente su contenido patrimonial. Lógicamente presupone el fallecimiento de un sujeto y, en consecuencia, la titularidad que otro ejerce respecto de dichos derechos que pretende disponer de modo oneroso o gratuito. Desde luego, no se trata del supuesto previsto en el art. 1010 del CCC ya que en tal caso involucraría una herencia "futura" donde se pretende especular con la muerte de una persona que aún no ha fallecido.

Derechos litigiosos. Involucran supuestos que, en el marco de un juicio o litigio (de ahí su denominación), esté controvertida la existencia, legitimidad o alcance de uno o más derechos. Así, por ejemplo, el damnificado por un accidente de tránsito y que demandó al titular de un vehículo embistente, podría ceder onerosamente los derechos vinculados al resarcimiento a otro sujeto. La utilidad de este negocio involucraría que el cedente obtenga de modo anticipado una suma de dinero respecto de un crédito eventual que deberá ser consagrado en sentencia y que lógicamente involucrará tiempo. Mientras que el cesionario, probablemente, especulará con la obtención de una suma de dinero mayor que debería obtener tras la sustanciación y finalización del pleito por el que deberá velar.

7. EFECTOS DE LA CESIÓN

Como todo contrato, inexorablemente producirá efectos entre cedente y cesionario. Sin embargo, a tenor de las características de este contrato, la existencia de terceros involucrados —en especial el deudor cedido— hace necesario contemplar también los efectos con relación a terceros.

A tenor de ello, cabe pasar en limpio que sólo son parte de la cesión el cedente y el cesionario, mientras que serán "terceros interesados" en contestar la cesión otros sujetos tales como: el deudor cedido, los acreedores del cedente y los segundos o posteriores cesionarios.

7.1. Entre las partes

Los principales efectos que produce la cesión son:

- a) La transmisión de la propiedad y titularidad del derecho cedido del cedente al cesionario (art. 1614 del CCC).
- b) Obligación del cedente de entregar al cesionario el título o documentos probatorios que existiesen (art. 1619 del CCC).
- c) La obligación del cedente por garantía de evicción (art. 1628 del CCC).
- d) Obligación del cesionario, en casos de cesión onerosa, de pagar el precio o de transmitir la propiedad de la cosa o derecho dado a cambio (art. 1614 del CCC).
- e) Facultad y deber de ambas de realizar actos conservatorios y de notificar al deudor cedido, para que el acto produzca efectos respecto de terceros (arts. 1620 y 1624 del CCC).

Transmisión del derecho, entrega de documentación y actos conservatorios

Vinculado con el primer punto, el contrato sin dudas tiene por objetivo la transmisión de uno o más derechos. Dentro de la obligación asumida por el cedente debe incorporarse los accesorios (ej. fianza, hipoteca, prenda, intereses vencidos y privilegios). Presupone, lógicamente, el pago del precio, entrega de la cosa u otro derecho en contraprestación de resultar un contrato oneroso.

La propiedad de un derecho pasa al cesionario por el solo efecto de la cesión. Es decir, que expresado el consentimiento de las partes, la transferencia del cedente al cesionario opera de pleno derecho.

Por otra parte, cedente y cesionario podrían acordar una transferencia parcial (ej. sólo una parte de un crédito). En tal supuesto ambos serán cotitulares del derecho y se encontrarán en plano de igualdad respecto del deudor. Cabe precisar que el cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que éste se la haya otorgado expresamente (art. 1627 del CCC).

La transferencia del derecho conlleva la obligación del cedente de entregar al cesionario los documentos probatorios que se encuentren en su poder. Debiéndose aclarar que si la cesión fuere parcial, el cedente deberá entregar al cesionario una copia certificada de dichos documentos (art. 1619 del CCC).

Celebrado el contrato, además de producirse entre las partes las consecuencias jurídicas mencionadas, ambas tienen el derecho de adoptar todas las medidas conservatorias que correspondan, tanto respecto del deudor cedido, cuanto de los demás terceros. Así se establecerá en el art. 1624 del CCC que: "Antes de la notificación de la cesión, tanto el cedente como el cesionario pueden realizar actos conservatorios del derecho".

Existencia y legitimidad del derecho transmitido

En el art. 1628 del CCC, se consagra con relación a este contrato la garantía de evicción con relación a la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión. No se debe ella, aún cuando la cesión fuere onerosa si el crédito fue cedido como litigioso o dudoso. Sin perjuicio de ello, el art. 1631 del CCC, remite al art. 1033 y siguientes de igual compendio vinculados a la obligación de saneamiento y, en particular, de la garantía de evicción.

No obstante, en el referido art. 1628 se precisa que: "Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión, excepto que se trate de un derecho litigioso o que se lo ceda como dudoso; pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe".

Además la garantía, como se aprecia en la norma, no se extiende a la solvencia del deudor y de sus fiadores, excepto, si el cedente hubiera asumido la garantía de la solvencia del deudor o, caso de mala fe (conocimiento de insolvencia previa a la cesión).

Esta específica garantía se vincula a la "existencia" que hace a la vigencia misma del derecho. Ella estaría vulnerada en supuestos en que aquellos estuvieran extinguidos por cualquier causa, o emanaron de un acto nulo en la creación o en la transmisión.

Por otro lado, la vulneración de la legitimidad se podría verificar si el derecho transmitido no perteneciese al cedente.

Lógicamente, la garantía alcanza al derecho y a sus accesorios.

El efecto, para el caso que el cedente debiera dicha garantía, debería involucrar la restitución del precio pagado con más la indemnización de pérdidas e intereses.

Justamente, con relación a la cesión de un derecho inexistente (art. 1629 del CCC) es que se prescribe que: "Si el derecho no existe al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión".

En consecuencia, así como ocurría antes del Código Civil y Comercial, si el cedente actuara de mala fe debe todos los daños y perjuicios. Es decir, restitución del precio (con más sus intereses), la diferencia entre el valor nominal del crédito y el precio de la cesión, los gastos del contrato y demás consecuencias emergentes de su conducta maliciosa.

Otras obligaciones

Por último y, en otro orden, se establece que en caso de cesión de un crédito prendario no se autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada a entregarla a la parte cesionaria (art. 1625 del CCC).

7.2. Respetto de terceros

Como hemos referido, entre los que pueden ser considerados terceros interesados en contestar el contrato de cesión deben mencionarse: al deudor cedido, los cesionarios sucesivos y los acreedores del cedente.

Como principio general, para que la cesión produzca efectos respecto de terceros, es necesaria su notificación al deudor cedido.

Así se desprende del art. 1620 del CCC al disponer que "La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables".

Por tanto, para que el acto produzca efectos respecto de terceros y sea oponible a ellos, es necesaria la notificación de dicho acto al deudor cedido. Véase que la norma, de algún modo vinculará a la notificación del deudor con un medio fehaciente, individualizando que se requerirá de un instrumento público o privado de fecha cierta.

Como hemos tenido oportunidad de referir, en el derecho romano, a los fines de consolidar el derecho del cesionario frente al cedente, se recurrió a implementar el procedimiento denominado *denuntiatio*, que consistía en comunicar al deudor cedido la realización del acto celebrado entre cedente y cesionario.

En la doctrina no existe consenso acerca del motivo o función que cumple la notificación.

a) Para una corriente, desempeña una función de publicidad con fines de protección de los terceros (SALVAT y SALAS).

b) Para otros, está dirigida a la protección o seguridad del cesionario (COLMO).

c) Una tercera posición entiende que cumple una doble función: frente al deudor es un medio de publicidad y respecto de los cesionarios actúa como medida de seguridad.

d) Para otro sector, se establece que el motivo se encuentra en la necesidad que el deudor conozca, sin duda, la persona a quien debe cumplir la obligación (LAFAILLE).

REZZÓNICO, con quien coincidimos, sostiene que una combinación armónica establece que tiene un triple fundamento: a) que el deudor sepa efectivamente quien es el acreedor; b) que los demás terceros conozcan la nueva situación patrimonial del cedente; y c) con relación al cesionario que su deudor se abstenga de pagar al cedente, o de celebrar con él acto extintivo alguno.

En cuanto a la forma que debe revestir la notificación, como se refirió, debe efectuarse a través de instrumento público o privado de fecha cierta aspecto que se introduce con el Código Civil y Comercial ya que el texto antecesor nada decía y, por tanto, se entendía que podía notificarse de cualquier modo (ej. la forma verbal, con los inconvenientes probatorios que ello podía acarrear).

La notificación puede ser realizada por cualquiera de las partes: cedente o cesionario, aunque seguramente el último será el más interesado.

Si aconteciere la muerte de las partes, podrá ser practicada por los sucesores de ellas. También podría efectuarse la notificación por un acreedor del cesionario en ejercicio de la acción subrogatoria.

No existe duda que el acto de la notificación se debe verificar en el deudor cedido. En los casos que corresponda, deberá efectuarse en la persona del representante legal (supuestos de incapaces, personas jurídicas, etc.).

También resultará admisible la notificación realizada en la persona de un mandatario o representante del deudor cedido, en tanto el mismo cuente con facultades suficientes para recibirla.

Y si el deudor cedido hubiese fallecido podrá ser dirigida a los herederos del mismo.

En caso de que el derecho comprenda a una pluralidad de deudores, la notificación se debe verificar en la persona de todos. Ello es indudable en el supuesto de deudores simplemente mancomunados; y si fueran solidarios, si bien en principio podría realizarse a cualquiera de ellos, es conveniente hacerla a todos, como único modo de evitar que algún deudor no notificado realice el pago al cedente.

La notificación debe practicarse en el domicilio real del deudor. Coincidimos con SALVAT, REZZÓNICO y BORDA que no es válida la notificación que se practique en el domicilio especial constituido por el deudor en el contrato originario, porque no se trata de la ejecución del contrato, sino de la transmisión de la propiedad por un acto independiente.

No existe en la ley norma que establezca el plazo en que se debe realizar la notificación. Por ello, se pueden realizar en cualquier tiempo, inclusive luego de la muerte de cualquiera de las partes, o del deudor cedido. El efecto que produce la notificación se verá afectado en los casos de declaración de quiebra del cedente, de la apertura de su concurso preventivo o de un embargo sobre el crédito cedido.

Si bien no hay plazo, es indudable que es de interés del cesionario efectuarla lo antes posible, para asegurarse que el deudor le pague a él y no a otro.

En materia de notificación, para el caso de concurrencia de dos o más cesionarios sucesivos, la ley establece que "... la preferencia corresponde al primero que ha notificado la transferencia al deudor, aunque ésta sea posterior en fecha".

Ahora, si se notifican varias cesiones en un mismo día y sin indicación de la hora, los cesionarios quedan en igual rango (art. 1626 del CCC). En consecuencia, todos los cesionarios concurren así en pie de igualdad, encontrándose cada uno legitimado a cobrar su parte a prorrata. Ello no obsta a reclamar o demandar al cedente el resto, con base en la garantía de evicción.

El deudor debe abonar fraccionadamente a cada cesionario. Si la prestación fuere indivisible, se aplica el régimen de tales obligaciones, sin perjuicio del derecho del deudor de demandar al cedente por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado.

Actos anteriores y posteriores a la notificación del deudor cedido

Con relación a los efectos de la cesión vinculados a terceros, la notificación marca un antes y un después en el vínculo contractual.

El principal efecto es que, si el deudor paga al cedente antes de la notificación su pago es válido y se libera (art. 1621 del CCC). Con lo cual, el cesionario nada le puede exigir, pero éste tendrá, eventualmente, acción contra el cedente.

Por otra parte, se permite al deudor no notificado esgrimir cualquier causa de liberación o extinción de la obligación u oponer todas las excepciones y defensas que tenía contra el cedente (novación, transacción, nulidad, etc.). Esta pauta se mantendrá aun después de la notificación (con excepción de la compensación).

Por otro lado, un tema trascendente está vinculado a la traba de embargos que pueden realizar los acreedores del cedente y su eventual oponibilidad al cesionario.

Desde luego, si el acreedor embarga antes de la notificación de la cesión, tiene prioridad. Aspecto que no ocurrirá si ya fuese notificada la transmisión, puesto que el derecho (crédito) ha salido del patrimonio del cedente y el embargo se torna ineficaz.

En el concurso de varios embargantes, se considera que como principio general no ha de olvidarse que las leyes procesales establecen la prioridad del primer embargante (art. 218 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En otro orden, haya o no notificación, el cesionario puede ejecutar todos los actos conservatorios, incluso respecto de tercero, del crédito cedido.

Respecto a los cesionarios sucesivos, se reitera que el primero que notifica tiene prioridad, aunque su cesión sea de fecha posterior (art. 1622 del CCC). Si se efectúan varias notificaciones en el mismo día, sin indicación de hora, los diferentes cesionarios quedan en igualdad (art. 1626 del CCC).

Finalmente, en caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tendrá efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de la quiebra (art. 1623 del CCC).

8. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES EN LA CESIÓN

a) Cesión en garantía

El caso de la cesión en garantía se plasma cuando un derecho se cede pero con la finalidad inmediata de garantizar una obligación principal. El típico supuesto lo constituye la prenda de créditos (ver arts. 2232 a 2237 del CCC).

Conforme el art. 2232 del CCC, se establece que cualquier crédito que puede ser cedido autoriza ser objeto de prenda, con tal de que se encuentre documentado. Y quedará constituida la prenda cuando se notifica al deudor cedido la existencia del contrato (art. 2233 del CCC).

Ahora bien, con relación estrictamente a la cesión en garantía, el Código Civil y Comercial establece en su art. 1615 que: "Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario".

Así expuesto, cabe puntualizar que el objeto de esta particular cesión es la transferencia en garantía (y no la transmisión en propiedad), motivo por el cual se identifica con la prenda de créditos. En consecuencia, goza el cesionario de la posición jurídica del acreedor prendario, incluido el privilegio o preferencia propios de tal calidad. Por lo tanto, el crédito permanece en el patrimonio del cedente, sin perjuicio de la facultad de cobro que el acreedor prendario adquiere por medio de éste (HERNÁNDEZ - TRIVISSONO).

b) Cesión de herencia

Entendemos por cesión derechos hereditarios al contrato en virtud del cual una parte, llamada heredero cedente, transfiere a la otra, denominada cesionario, la totalidad o una porción de la universalidad jurídica que le corresponde en una sucesión cuyo causante falleció.

Lógicamente y, como hemos adelantado, para que el contrato respecto de derechos hereditarios pueda celebrarse, debe el causante necesariamente haber fallecido. Pues, de lo contrario se trataría de un acuerdo sobre herencia futura que se encuentra prohibido en nuestra legislación por inmoral (art. 1010 del CCC).

b.1. Antecedentes

Esta cesión tiene sus orígenes en el Derecho romano donde el adquirente de un patrimonio asumía la posición del heredero. En tal tiempo, resultaba admisible la venta de herencia y su objeto era la *hereditas* en sentido global (cosas, créditos y deudas). La principal responsabilidad del vendedor era por la existencia de la herencia: ésta debía ser causada y el enajenante tenía entregar al adquirente todo lo que obtuviera a título hereditario, respondiendo por dolo.

b.2. Caracteres

Es un negocio consensual (se perfecciona con el consentimiento); unilateral o bilateral (en la medida que sea objeto de una liberalidad o se fije una contraprestación como el pago del precio); en consecuencia será gratuito u oneroso; formal (requiere de escritura pública), en principio conmutativo aunque puede ser aleatorio (si se tratase de derechos litigiosos o dudosos).

b.3. Objeto

El objeto de este contrato, recae en la universalidad jurídica, que es el sucesorio. Por tanto, coincidimos con COLIN y CAPITANT, que este contrato (al que ellos denominan venta o cesión de herencia) versa sobre una sucesión, es decir sobre un conjunto y no sobre tales o cuales bienes individualmente determinados. Por tanto, su objeto, reiteramos, es una universalidad jurídica compuesta tanto por el activo como también por las deudas del sucesorio.

Lo que se cede es dicha universalidad o parte de ella pero no el carácter de heredero.

b.4. Forma

Se ha puntualizado que, tratándose de la transferencia de derechos hereditarios, la ley exige escritura pública (art. 1018 del CCC).

La discusión doctrinaria y jurisprudencial ha apuntado al carácter de la forma. Es decir, si se trataba de una formalidad solemne absoluta o relativa. Y si, por otra parte, la escritura pública podía ser sustituida por acta judicial celebrada en el respectivo expediente sucesorio.

En tal sentido, sostenemos que se trata de una formalidad relativa. Por lo que si así no se efectúa puede demandarse el cumplimiento de la forma legalmente requerida (art. 969 del CCC).

Asimismo, a través del fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil "Rivera de Vignati, María F. M. s/ sucesión" (La Ley, 1986-B-155) se ha establecido que la escritura pública es el único medio de instrumentar la cesión de derechos hereditarios.

b.5. Efectos entre las partes

i) Los efectos se producen desde el perfeccionamiento del contrato, por tanto, no es necesaria la tradición o entrega como pauta general.

ii) El cedente sólo transmite el contenido patrimonial de la herencia. No se transmite la calidad de heredero (que resulta personal e intransferible).

iii) Tratándose de un negocio oneroso el cedente debe garantía de evicción

iv) En caso de contrato oneroso, el cesionario debe cumplir la prestación convenida.

c) Cesión de deudas**c.1. Noción**

Hay cesión de deudas cuando se produce la transferencia de la obligación intercambiando la figura del deudor sin alterar la relación jurídica.

La cesión de deudas, en definitiva, es la transmisión de la parte pasiva de la obligación, es decir, lo opuesto a la cesión en los créditos (COMPAGNUCCI DE CASO). Este tipo de negocio tiene como característica particular,

que el cambio de deudor deja inmutable a la obligación (no la extingue como ocurre en la novación). Dice GAUDEMET que la cesión de deuda, es una operación que hace pasar de un particular a otro la carga definitiva de una deuda sin cambiar la causa económica del derecho del acreedor.

La figura de la cesión de deudas también ha sido llamada por la doctrina "delegación de deuda". Y, bajo tal denominación, se ha definido el vínculo como el contrato que se celebra entre el cedente-delegante y el cesionario-delegatario y que surte efectos entre ellos desde el perfeccionamiento del negocio. Desde dicho entonces, nace para el delegatario la obligación de pagar la deuda al acreedor delegado. No obstante, el deudor originario (delegante) no queda liberado frente al acreedor delegado, porque el contrato, que es válido y eficaz entre delegante y delegatario, no es oponible al acreedor, quien no fue parte del contrato de cesión de deuda (ESPER).

El Código Civil y Comercial, en la sección 2ª del Capítulo 26 regula la cesión de deudas (arts. 1632/1635).

Su incorporación al nuevo compendio ha sido uno de los importantes avances legislativos, toda vez que con anterioridad a ello nuestra legislación no regulaba expresamente dicha posibilidad.

Antiguamente, a partir de la construcción dogmática de la responsabilidad basada en la sanción al deudor era impensado que dicha calidad pudiese transmitirse. Involucraba, desde luego, una calificación personal negativa y pesada que menospreciaba la aptitud negocial de un sujeto —particularmente el moroso— que no había cumplido oportunamente con la palabra empeñada.

Sin embargo, la connotación negativa que una deuda históricamente generó ha sucumbido en la actualidad. Tan es así que, en palabras de LORENZETTI, las deudas empresarias se han desembarazado de toda carga punitiva y se presentan al mundo como títulos que pueden dar una renta.

Un aspecto importante que ha movilizado este cambio que se mencionara lo constituye la posibilidad de despersonalizar la deuda al poder separarla del deudor a través de un título (que además la torna negociable).

Esta figura regulada en el Código Civil alemán no había tenido recepción en nuestro ordenamiento pero autorizada doctrina admitía que no estando prohibido resultaba perfectamente lícito contratar sobre la cesión de deudas (CAZEAUX y TRIGO REPESAS).

c.2. Su recepción en el Código Civil y Comercial

De conformidad con lo establecido en el art. 1632, "Hay cesión de deudas si el acreedor, el deudor y un tercero acuerdan que éste debe pagar la deuda, sin que haya novación. Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario".

Como se puede apreciar en el enunciado legal, la figura de la cesión de deudas se mantiene inalterable a la luz de la noción contemplada por la doctrina. Sin perjuicio de ello, puntualizará la norma acerca de la necesidad de "acuerdo" entre el acreedor, el deudor y el tercero que asumirá la posición del segundo como "nuevo deudor".

Debe aclararse que la norma primero refiere al "acuerdo" del acreedor y luego apunta a su "conformidad" vinculada a la liberación del deudor originario. Creemos que el verdadero acuerdo se plasma entre deudor-cedente y el nuevo deudor-cesionario. Sin embargo, dicho convenio requerirá —en realidad— del asentimiento o conformidad del acreedor, principal interesado en la cancelación de la deuda de la que resulta titular y así liberará, además, al deudor primigenio.

Este último razonamiento es acorde con lo prescripto en el art. 999 del CCC. En dicha norma admite a estos negocios como "contratos sujetos a conformidad" donde el perfeccionamiento está sujeto a las reglas de

la condición suspensiva. De allí que entendamos que no se requerirá el acuerdo sino la conformidad del acreedor (tanto para la oponibilidad de la cesión como para la liberación del deudor originario).

Por otro lado, siguiendo con el análisis de la norma, entendemos que, a efectos de evitar confusiones, se ha precisado que no se trata de un supuesto de "novación" que es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla (art. 933 del CCC). En este caso de cesión la obligación sigue siendo la misma, sólo se intercambia la figura del deudor.

Desde luego que dentro del acuerdo que deberá prestarse, resulta primordial que el acreedor consienta esta cesión y además libere al deudor original, puesto que si no ocurriese el tercero (que pretende transformarse en el deudor principal) sólo será un codeudor subsidiario. Es decir, no desplazará al deudor primigenio quien seguirá siendo principal y, sólo frente a la insolvencia o falta de respuesta en el cumplimiento de la obligación, podrá el acreedor también reclamar al nuevo partícipe (codeudor subsidiario).

c.3. Su distinción con la asunción de deuda

Con relación a su origen etimológico, asunción proviene del latín *assumptio* - *onis*, que significa acción y efecto de asumir, del verbo *assumere* y reforzado por el prefijo *ad* se traduce atraer a sí o tomar para sí.

En la asunción de deuda se advierte la existencia de un contrato a partir del cual un tercero (el asumente) acuerda con el acreedor de una obligación el pago de una deuda. En este supuesto, no participa el deudor primigenio como ocurre en la cesión de deuda que es, en definitiva, quien traspasa y se desliga de la deuda (con la conformidad del acreedor).

Remitiéndonos al texto legal, se dispone en el art. 1633 del CCC, "Hay asunción de deuda si un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor, sin que haya novación. Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, la asunción se tiene por rechazada".

Cabe agregar, por otro lado, que tanto en la "cesión de deuda" como en la "asunción de deuda" el deudor primigenio se libera en tanto y en cuanto el acreedor preste su conformidad expresa, sea anterior, simultánea o posterior a la cesión (art. 1634 del CCC). Entendemos que la conformidad del acreedor debería efectuarse por escrito y de manera indudable conformando ello una formalidad *probationem*. Refuerza nuestra conclusión la excepción de liberación plasmada en la ley toda vez que en el art. 1634 del Código se concluye que no se producirá la liberación del deudor "... si ha sido prestada en un contrato celebrado por adhesión". Creemos que la norma se ha anticipado a eventuales conductas abusivas o, al menos, reñidas con la buena fe donde un adherente culmine aceptando el "conjunto de condiciones" impuestas unilateralmente en un instrumento ante la imposibilidad de discutir las cláusulas individualmente y, en definitiva, de llevar adelante un negocio.

d) Cesión de posición contractual

La cesión de la posición contractual es un negocio traslativo del complejo de derechos y deberes que están adheridos a la calidad de parte. Implica la transferencia a un tercero de un conjunto de elementos activos y pasivos (LORENZETTI).

Esta cesión prevé la existencia de un contrato previo que da origen a la posterior cesión de la "posición" o calidad de "parte" de un contratante (cualquiera de ellos). Por tanto, nacerá un nuevo negocio a partir del cual el cedente transferirá a un cesionario su calidad de parte de un contrato base.

Como en todo vínculo, un sujeto interviniente en un contrato podrá ser titular de derechos, de obligaciones, o, de derechos y obligaciones según el negocio de que se trate y el momento preciso de la vida de dicho contrato.

Quien decide transferir su posición contractual a partir de un contrato de cesión, transmitirá de modo automático al cesionario los derechos o derechos y obligaciones. Sin embargo, nunca podrá sólo transmitir obligaciones porque entonces se conformaría una "cesión de deuda", figura contractual analizada previamente. Sin dudas, esta aclaración resulta el elemento central distintivo entre ambas figuras.

El nuevo Código incorpora por primera vez en su Capítulo 27 la cesión de la posición contractual y se prescribe en el art. 1636 del compendio que: "En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. Si la conformidad es previa a la cesión, ésta sólo tiene efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación del deudor cedido".

En la cesión de la posición contractual (en la que involucre el conjunto de derechos y obligaciones de una parte) los efectos entre cedente y cesionario son inmediatos, es decir, desde el perfeccionamiento del negocio. Empero, para que surta efecto la sustitución de parte del contrato base, será necesario que el cocontratante de ese negocio base (que, simultáneamente, es deudor cedido y acreedor delegado) libere de sus obligaciones al cedente. Pues, de no hacerlo el vínculo será válido entre cedente y cesionario pero no habrá sustitución de la posición contractual del contrato base.

La ley prevé la conformidad del o los cocontratante/s del negocio base (tercero/s con relación a la cesión) para que se produzcan los efectos propios de la sustitución de parte. Si la conformidad se brinda en forma coetánea o posterior a la celebración de la cesión, los efectos nacen inmediatamente. Si, en cambio, se presta de modo previo a la celebración de la cesión, el traslado de los derechos y obligaciones opera con la notificación del cocontratante/s del negocio base desde la notificación por instrumento público o privado de fecha cierta (arts. 1636, 1637 y 1620 del CCC).

Ahora bien, aun cuando opere el traspaso de los derechos y obligaciones al cesionario para que sean ejercidos por éste —liberándose al cedente—, la ley prevé que los cocontratantes cedidos conservan sus acciones contra el cedente si han pactado con éste el mantenimiento de sus derechos para el caso de incumplimiento del cesionario. Para ello, el cedido debe notificar el incumplimiento al cedente dentro de los 30 días de producido éste. De no hacerlo, automáticamente, el cedente queda liberado (art. 1637 del CCC).

d.1. Defensas

Los contratantes pueden oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, excepto que hayan hecho expresa reserva al consentir la cesión (art. 1638 del CCC).

d.2. Garantías

El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato. El pacto por el cual el cedente no avala la existencia y validez se tiene por no escrito si la nulidad o la inexistencia se debe a un hecho imputable al cedente.

Si el cedente garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los otros contratantes, responde como fiador (art. 1639 del CCC).

Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin autorización expresa de aquéllas (art. 1640 del CCC).

d.3. Derechos del cesionario

El cesionario adquiere el carácter de parte con todos los derechos y obligaciones. Podrá ejercer el cumplimiento, plantear la suspensión de cumplimiento o plantear la extinción a través de uno de los modos anormales, etc.

d.4. Relaciones entre cedente y cesionario

Se aplican los efectos vistos para el contrato de cesión de créditos y deudas por analogía.

Lógicamente, el cedente garantiza la existencia y legitimidad de la posición que transmite al cesionario. Este último, deberá el precio si el contrato fue oneroso.

d.5. Contratante cedido

El contratante cedido posee tiene todas las acciones que surgen del contrato base contra el cesionario. Si no ha prestado su conformidad en la liberación del contratante cedente tiene todas las acciones contra éste.

CAPÍTULO XLI - TRANSACCIÓN. CON LA COLABORACIÓN DE MARÍA LUZ PAPAVERO

1. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA

Según el art. 1641 del CCC, "la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas".

La definición aportada por el nuevo texto legal presenta diferencias con el antiguo art. 831 del C. Civil ([ley 340](#)). Añade como característica particular de este contrato "la extinción del litigio", tomada del Código Civil francés (art. 2044).

Con esta definición se pone punto final a las controversias que generaba este instituto, ya que parte de la doctrina argentina sostenía que ésta era un acto jurídico bilateral extintivo, negando así su naturaleza contractual.

Esta solución es concordante con nuestra postura formulada en ocasión de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cuando sostuvimos que "...es un contrato mediante el cual las partes se realizan concesiones recíprocas, con la finalidad de extinguir una controversia, respecto de derechos patrimoniales contestados en cuanto a su existencia, contenido o extensión".

Asimismo, asignarle a la transacción naturaleza contractual es ser congruente con la directiva fijada por el Código Civil Francés, que trata a la transacción como un contrato particular. Así puede verse en los Códigos de Luisiana (art. 3038), Sardo (art. 2083), de Holanda (art. 1888), Prusia (art. 405), Chile (art. 2446), Colombia (art. 2469), Venezuela (art. 1713), Uruguay (art. 2147), México (art. 2944), España (art. 1809), Portugal (art. 1710), Quebec (art. 2631), Alemania (art. 779) y en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1998 (art. 1571).

Además de lo expuesto precedentemente, hemos tenido en cuenta para asignarle esta naturaleza al contrato en estudio:

a) Su denominación proviene del verbo latino *transigere*, que significa ajustar una controversia, terminarla de común acuerdo;

b) Que el referido negocio jurídico "se define por la finalidad que tiene y por los medios escogidos para alcanzarla: el fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquel resultado".

2. ELEMENTOS

2.1. Concesiones recíprocas

Suponen el reconocimiento parcial de la pretensión o el derecho ajeno y la renuncia parcial de la pretensión o el derecho propio; o que cada una de ellas se obligue a dar, prometer o retener alguna prestación relativa a los derechos cuestionados (REZZÓNICO). En síntesis, ello implica que haya renuncia y reconocimiento recíprocos, sintetizados en el Derecho Romano como el *aliquid datum* y el *aliquid receptum*.

Mientras que exista una reciprocidad de sacrificios, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad: la ley no exige que haya paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición (LLAMBIAS).

Sin embargo, cuando la concesión de una de las partes sea irrisoria, se considerará como una cuestión de hecho, y los jueces o árbitros la apreciarán, declarando si ha existido transacción, renuncia o desistimiento (MACHADO).

Asimismo, cabe tener presente que la transacción es un modo de composición de controversias, de definición de situaciones de incertidumbre y que se caracteriza por la renuncia a lo propio y el reconocimiento de lo ajeno, en una medida que satisfaga el interés de cada parte. En definitiva, habrá reciprocidad si los actos mencionados se hacen en la medida en que la otra parte también los hace.

Entonces, estas concesiones recíprocas asumen un papel muy diferente al que tienen las prestaciones recíprocas en los contratos bilaterales. Estas últimas cumplen la función de cambio, que es la razón de ser del negocio, por cuanto la finalidad abstracta en que ellos persiguen las partes es obtener el intercambio mutuo de atribuciones patrimoniales. En el mismo sentido, es dable apuntar que no se requiere que las concesiones recíprocas sean de valor económico equivalente "pues la transacción no tiene en mira esa equivalencia, sino la superación de una controversia; se juzga que esa finalidad es más importante que una eventual pérdida económica para alguna de los contratantes" (WAYAR).

2.2. Res dubia (cosa dudosa), o res litigiosa (cosa litigiosa)

Es necesario que las partes procuren poner fin a un *status* jurídico inseguro derivado de la traba de una litis judicial o simplemente del hecho de mediar una controversia o desacuerdo entre las partes en cuanto a la existencia, acreditación, modalidades o medida y alcances de algún derecho.

Así, consideramos que el ámbito de aplicación de la transacción abarca no sólo a las obligaciones, sino otros derechos de carácter no creditorio, como los derechos reales.

Como es sabido, son derechos litigiosos los que se encuentran en el marco de un juicio contradictorio, y los dudosos aquellos inciertos en su existencia o en su extensión, conforme al criterio de su titular, no siendo necesarios que sean objetivamente dudosos.

En definitiva, la transacción supone un estado de incertidumbre que pesa sobre las relaciones jurídicas de las partes, proveniente de una controversia planteada. Sus derechos deben estar en tela de juicio, ha de tratarse de "derechos contestados".

Por otra parte, coincidimos con MÉNDEZ en que aunque el estado jurídico de incerteza no precisa la existencia de un proceso judicial o arbitral, sí requiere, siempre, una controversia planteada. Y este conflicto jurídico debe estar exteriorizado de algún modo.

Creemos, junto a PIZZARRO y VALLESPINOS, que la incertidumbre puede no estar referida a la existencia del derecho en sí mismo, sino a las posibilidades materiales de cobro: en el afán de evitar un pleito interminable o de asegurar un pronto cobro, aun de un monto inferior al que se tiene derecho.

2.3. Finalidad extintiva

Es un elemento esencial tipificante de este contrato, que consiste en extinguir definitivamente conflictos jurídicos por acuerdo de partes, eliminando la incertidumbre de una relación..

3. CARACTERES

a) *Consensual*

Es perfeccionado por el solo consentimiento o fusión de voluntades de las partes intervinientes.

b) Bilateral

Al resultar uno de sus elementos propios (las concesiones recíprocas), puede afirmarse que este contrato impone a cada una de las partes alguna prestación, esto es, el sacrificio —aunque sea parcial— de la pretensión a que tuvieran derecho.

c) Oneroso

Cada contratante debe realizar un sacrificio correlativo de su parte a cambio de la ventaja que obtiene de la otra.

d) Conmutativo

Las ventajas o pérdidas que de él devienen no dependen de un acontecimiento incierto, puesto que versará —en principio— sobre prestaciones ciertas y determinadas, aunque el resultado económico sea incierto, en tanto las partes conocen las ventajas o pérdidas al momento de la celebración del contrato. Sin perjuicio de ello, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puede convenirse como aleatorio.

e) Forma

El art. 1643 del CCC se encarga de disponer la forma que deberá revestir a la transacción. Allí se indica como principio general que debe ser hecha por escrito. En consecuencia, al exigir únicamente la instrumentación por escrito, sin especificar si deberá otorgarse por instrumento público o privado, consideramos que la forma será *ad probationem* —es decir, a los efectos de la prueba de su existencia y contenido, y no porque se encuentre en cuestión su validez—, tomando como fundamento el principio general recogido en los arts. 284 y 969 del CCC.

Sin embargo, en su segunda parte, el artículo en análisis contempla la excepción con relación a la forma en que deberá llevarse a cabo la transacción de derechos litigiosos: sólo será eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa. Mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistirse de ella. Es por ello que nos inclinamos a decir que este contrato será *ad solemnitatem*: la solemnidad consiste, entonces, en la presentación al tribunal del instrumento en el que consta la transacción, pues hasta ese momento puede ser desistida. Esto es, la presentación al juez de la causa firmada por los interesados es una forma relativa (arg. arts. 969, 1618 y cc del CCC).

Por su parte, se dispone en el art. 308 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que "las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción de acta ante el juez" (id., Buenos Aires, Catamarca, Chubut, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta y San Luis; Chaco, art. 288; Córdoba, art. 353; Entre Ríos, art. 296; Formosa, art. 306; San Juan, art. 292; Santa Cruz, art. 286; Santiago del Estero, art. 301; Tierra del Fuego, art. 324. En sentido concordante, Jujuy, art. 121; La Pampa, art. 287; La Rioja, art. 144; Mendoza, art. 85; Santa Fe, art. 321; Tucumán, arts. 207 y 208).

f) Típico

Pues tiene una regulación completa, expresa y unitaria en la ley.

g) Interpretación restrictiva

Dicha característica había sido aceptada pacíficamente por la doctrina y tenía su fuente inmediata en el art. 835 del C. Civil ([ley 340](#)), siendo receptado en el actual Código Civil y Comercial en su art. 1642.

Su razón de ser está dada porque toda transacción implica una renuncia, y todo aquello que implique enajenación o abandono de derechos debe ser entendido como de interpretación restrictiva y limitada (COMPAGNUCCI DE CASO).

4. CAPACIDAD PARA TRANSIGIR. SUJETOS EXCLUIDOS

4.1. Principio general

En la determinación de aquellos que no pueden celebrar este contrato, el inc. a) del art. 1646 sienta el principio general de que no pueden efectuar transacciones "...las personas que no pueden enajenar el derecho respectivo", manteniendo la misma tendencia que el antiguo art. 840 del C. Civil ([ley 340](#)) que estipulaba "no puede transigir el que no puede disponer de los objetos que se abandonan en todo o en parte". Es decir, es necesario que el sujeto tenga aptitud para poder disponer del derecho objeto de este contrato.

En esta norma se consagra el principio romano de *transigere est alienare*, ergo, todos aquellos capaces para celebrar contratos y disponer de sus bienes podrán llevar a cabo el acto de transacción.

4.2. Padres, tutores y curadores

En el inc. b) del mismo artículo contempla la prohibición de transigir: los padres respecto de sus hijos, los tutores respecto de sus pupilos y los curadores con respecto a sus curados, sobre las cuentas de sus respectivas representaciones legales, tengan o no autorización judicial.

Al estar en juego la vinculación padres/hijos, tutor/pupilo y curador/curado, temas propios del Derecho de familia, remitimos al capítulo pertinente del Código unificado, a sus efectos.

4.3. Albaceas

Tradicionalmente, se ha definido al albacea como el encargado del cumplimiento de la voluntad del testador, la cual ha sido expresamente volcada en un instrumento —el testamento—.

En función de ello, el codificador dispuso en el último inciso del art. 1646 que el albacea, en su carácter de representante de derechos ajenos, no pueda celebrar contrato de transacción con respecto a los derechos y obligaciones conferidos en el testamento, sin la previa autorización del juez a cargo del sucesorio.

5. PROHIBICIÓN PARA TRANSIGIR

5.1. Antecedentes

Consideramos que es acertado poner de resalto que el Código Civil ([ley 340](#)) contemplaba, a partir del art. 842, numerosos supuestos donde se prohibía la celebración del contrato de transacción.

Entre ellos, podemos enunciar el art. 844, que estipulaba que no será posible transigir sobre cosas que se encuentran fuera del comercio o derechos que no pueden ser materia de convención. Por otra parte, se denegaba la transacción sobre los derechos eventuales a una sucesión, o la sucesión de una persona viva (art. 848), el derecho a alimentos futuros (art. 374), acciones penales que surjan como consecuencia de un delito o de las relaciones de familia (art. 842).

5.2. Prohibiciones contenidas en el nuevo art. 1644 del CCC

a) Derechos en donde se encuentre comprometido el orden público

Esto se desprende de lo normado en el art. 12 del CCC, por cuanto las convenciones de los particulares no pueden dejar sin efecto toda ley en donde estén implicadas normas de orden público.

No se podría transigir, por ejemplo, respecto de cuestiones relacionadas con la legítima hereditaria.

b) Derechos irrenunciables

Como ya expusimos en ocasión de tratar la interpretación restrictiva que se debe propiciar en el ámbito de este contrato, era factible que el codificador incluyera una norma específica destinada a reforzar la protección de ciertos derechos que se encuentran amparados especialmente por el ordenamiento jurídico, impidiendo de este modo que el titular pueda ser despojado de la facultad de su ejercicio.

Un buen ejemplo traído por COMPAGNUCCI DE CASO, es el derecho a los alimentos futuros. Señala que esta facultad se encuentra contenida en el nuevo art. 539: "la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos".

c) Relaciones de familia

Esto bien podría ser tomado como una derivación del principio general en materia de objeto, ya que todos los derechos y deberes no patrimoniales emanados de las relaciones de familia se encuentran fuera del comercio.

6. NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN TRANSADA

Como resultado de lo anterior, al transigir las partes sobre la base de alguna de estas prohibiciones, la transacción será inválida como consecuencia de su nulidad absoluta. Entonces, al existir una relación jurídica ineficaz, impedirá que se configure un contrato de transacción válido.

En el Código Civil y Comercial esto se encuentra legislado en el art. 1645, sin mayores diferencias con respecto a su antecesor —el art. 858 del CC, [ley 340](#)—, pero mejorando su redacción: en aquel entonces, hacía alusión a "...la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido...", lo que conllevó a que se interpretara el término "título", como el negocio jurídico causa-fuente de la transacción y no como el modo de instrumentación del acto.

6.1. Caso de la nulidad relativa

En la nueva legislación, la nulidad relativa, al no afectar a los intereses generales, sólo actuará en protección del perjudicado, y únicamente podrá declararse a instancias de la parte interesada —es decir, no podrá declararse de oficio—.

Para que la transacción sea válida, es menester que verse sobre la eficacia del acto antecedente, y las partes tengan conocimiento del vicio. Por consiguiente, será más bien un acuerdo bilateral que confirmará el acto nulo, y tendrá las características de la transacción.

6.2. Otras nulidades

a) Invocación de títulos inexistentes o ineficaces

Si el derecho invocado por alguna de las partes reviste alguna de estas dos características, la transacción no tendrá contenido alguno: en términos simples, si se tenía la certeza de que uno de los contratantes era titular de un derecho, y posteriormente se demuestra lo contrario, se estaría transigiendo sobre la nada misma.

Veámoslo con un ejemplo:

Dos partes han decidido celebrar un contrato de transacción: Juan, quien ha sido instituido como legatario de una suma de dinero en el testamento de Pedro, y Luis, quien posee un crédito dinerario en contra de Juan. Este último, para satisfacer parte de su deuda con Luis, decide suscribir el contrato.

Iniciado el proceso sucesorio, se comprueba que el testamento dejado por Pedro es inválido por adolecer de un vicio formal. En consecuencia, el legado a favor de Juan allí instituido es de ningún valor, deviniendo la transacción celebrada entre Luis y Juan en ineficaz.

b) Ignorancia de tener un mejor derecho

Se está refiriendo, en términos de COMPAGNUCCI DE CASO, "a la fehaciente y probada convicción de que la otra, tenía un mejor derecho".

Entonces, será nulo el contrato de transacción si aparecen nuevos documentos o instrumentos que acrediten indubitadamente la preeminencia de una de las partes —aquella que consideraba ser titular de un derecho menos extenso por sobre la otra—.

Requisitos para la declaración de nulidad:

a) La existencia de medios de prueba fehacientes que indiquen que la parte que creía tener un derecho menos extenso del que en realidad tenía, ahora posee un mejor derecho;

b) Quien puede probarla es aquella parte que reclame la ineficacia.

c) Sentencia definitiva

Básicamente, al momento de celebrar el contrato, una de las partes ignora que sobre el tema objeto de la transacción se ha dictado un pronunciamiento definitivo.

Requisitos para la declaración de nulidad:

a) Quien pretenda la nulidad no tenga conocimiento de que se ha dictado sentencia definitiva;

b) Que este decisorio se encuentre firme, por lo tanto, no debe ser susceptible de ser recurrido;

c) Debe tratarse de una transacción sobre derechos litigiosos.

7. ERRORES ARITMÉTICOS

En función a lo establecido por el art. 1648 del CCC, este error no dará lugar a reclamo alguno acerca de la nulidad del negocio jurídico. Sin embargo, la norma faculta a las partes a solicitar una rectificación.

Esta solución no es nueva, ya se encontraba prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 861 del Código de VÉLEZ SARSFIELD. Su redacción varía con respecto al nuevo Código, pero su contenido y solución son exactamente iguales.

8. EFECTOS

8.1. Cosa juzgada

La transacción produce los efectos de la cosa juzgada, sin necesidad de homologación judicial, armónicamente con lo dispuesto por el art. 850 del Código de VÉLEZ SARSFIELD.

De conformidad con lo establecido en el art. 1642 del CCC, se pone punto final a las controversias suscitadas en torno a la necesidad de homologación judicial a fin de que este contrato pueda surtir sus efectos propios.

A nuestro entender, la homologación judicial es irrelevante a los fines del cumplimiento de la formalidad, aunque sí resulta indispensable para que opere la conclusión del proceso por un modo anormal, dotando a la decisión jurisdiccional del efecto de la cosa juzgada.

Aclaremos que la homologación no importa examinar si es justa o no la transacción, sino si se ha violado alguna norma de orden público o se ha celebrado este contrato bajo un supuesto no permitido. Reiteramos, la homologación nada agrega a la transacción, puesto que si ésta se hizo conforme a la ley, el juez deberá homologarla, y si no lo fue, la invalidez del acto es anterior a la apreciación judicial. Por ello, entendemos que la homologación no es condición de eficacia de la transacción como contrato, pero lo es para su ejecución por vía judicial.

CAPÍTULO XLII - ARBITRAJE. CON LA COLABORACIÓN DE MARÍA LUZ PAPAVERO

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una institución de gran utilización a nivel mundial que goza de tradición y prestigio. En diversas oportunidades se ha expuesto que, como mecanismo, será de gran utilidad en el futuro de nuestro

país para la solución de disputas. Sin duda, puede afirmarse que en la esfera del comercio internacional es el método por excelencia para la solución de conflictos en el campo de los negocios a causa de que el enfoque del instituto está orientado a atender las legítimas expectativas de las partes (ALWIN AZÓCAR).

Se trata de un supuesto de "justicia privada" al facultar a los interesados a utilizar esta herramienta para el tratamiento de conflictos en búsqueda de su solución. El sustento del arbitraje, según el Código unificado, es el contrato. Es decir, el acuerdo a partir del cual las partes someten sus disputas o diferencias a árbitros, ya sea en el marco de lo que denominaremos "*cláusula arbitral o compromisoria*" (que tendrá su existencia gracias un contrato principal, es decir, que "vivirá" dentro de aquél), o del "*compromiso arbitral*" (un instrumento formalizado por separado del acuerdo original, una vez que estalló el conflicto entre los contratantes).

Aun cuando no se admita unánimemente al arbitraje bajo el rótulo de "justicia privada", entendemos que no hay que soslayar la causa inmediata del arbitraje: un contrato, cuya piedra angular es el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, encontrándose en sus raíces más profundas un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de la voluntad contractual (conf. art. 14 de la CN).

Esta institución, cuyas notas principales son la falta de rigorismo procesal, la búsqueda de la celeridad y la idoneidad de los árbitros, no necesita el auxilio de organismos públicos ni con cargo al erario público como la justicia estatal. En el arbitraje son las propias partes las que cargan en su totalidad con las costas y honorarios que demande el procedimiento de resolución del conflicto.

Por tanto, además de la justicia dependiente del Estado y a cargo de los magistrados, el arbitraje se erige —en el marco del nuevo Código— como una alternativa más a la que las partes podrán recurrir ante eventuales conflictos o cuestionamientos en pos de una rápida o expeditiva solución.

2. EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Tanto en la Constitución Nacional de 1853, como en su posterior reforma del año 1860, no se regulaba expresamente al arbitraje. No obstante, al tener una impronta liberal con relación a las libertades personales —dentro de ellas, las relaciones comerciales— no obstaba al establecimiento de una legislación favorable a la institución arbitral. En consecuencia, encontramos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación todo el Libro VI regulando el arbitraje, si bien sus normas tienen alcance local, rigiendo también para el ámbito federal en cuanto se trate de conflictos de derecho interprovincial o internacional.

En la reforma parcial del año 1957, se estableció al arbitraje y a la conciliación, en el art. 14 *bis*, como garantías dentro del derecho laboral: se faculta a los gremios, junto a la posibilidad de concertar convenios colectivos y al derecho de huelga. Si bien el procedimiento la laboral admitía la posibilidad del arbitraje, a cargo del secretario o juez del tribunal que entendía en la causa, se llevó a cabo en contadas ocasiones.

Destacamos que, en la reforma constitucional del año 1994, se incorporó el art. 42, introduciendo la posibilidad de crear "procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos". Dentro de aquellos, el arbitraje se erige como una interesante alternativa.

En los últimos años, han sido presentados en el Congreso Nacional varios proyectos de ley de arbitraje, los cuales contemplaban el internacional, sin embargo, no daban respuesta al arbitraje interno.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

A fin de desentrañar la naturaleza se han efectuado diversas discusiones que se centran, fundamentalmente, en la comparación entre la figura del juez y del árbitro, y sus consecuencias jurídicas. Así se ha podido agrupar las diversas doctrinas o corrientes que encierran la disputa autoral en: a) Teorías privatistas o contractualistas; b) Teorías publicistas o jurisdiccionalistas; c) Teorías intermedias o sincréticas.

Las primeras se traducen en equiparar al arbitraje a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas.

En efecto, en apoyo de esta línea de pensamiento, se ha dicho que el instituto no es otra cosa que una actividad meramente lógica, ya que la sentencia siempre implica dos elementos: un juicio lógico y un mandato. Este último es privativo del Estado ergo, debe "negarse carácter jurisdiccional al arbitraje por falta de poderes jurisdiccionales" (CHIOVENDA).

Las segundas, por el contrario, esgrimen que los árbitros al ejercer sus funciones dentro del proceso arbitral, están llevando a cabo facultades jurisdiccionales, las que no emanan de la voluntad de las partes, pues la jurisdicción es una potestad privativa del Estado, sino de la propia voluntad de la ley. Es el legislador quien permite a las partes emplear este método de resolución de disputas para superar sus divergencias. Dicho en otras palabras, es el Estado el que otorga la calidad de juez al árbitro: las partes solamente se limitan a designarlo, a nombrarlo.

Se trata pues, de una jurisdicción análoga a la de los tribunales estatales, y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública. Si el arbitraje se equipara en la identidad de fondo con la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, se abre la posibilidad de instituirlos por la ley de modo excepcional y temporario a los jueces privados, que son los árbitros.

Por lo tanto, el arbitraje es un verdadero proceso, cuyo laudo tiene autoridad de cosa juzgada. Esta postura se recuesta además en un aspecto fundamental, como es la *kompetenz-kompetenz*. Esta figura de la "competencia de la competencia" vista como facultad para que los árbitros se pronuncien sobre su propia competencia, excluye la concepción contractualista, a causa de que no podría dar razón el contrato de esa capacidad exclusiva del árbitro frente a la parte.

Para la tercera de las teorías, es necesario distinguir en el arbitraje, dos etapas: una contractual y una procesal.

En la primera, las partes dan origen a la institución, mientras que en la segunda, se materializa en un proceso, que culmina con una decisión denominada laudo arbitral. Ahora bien, procurando armonizar las teorías extremas enunciadas se alzan voces que señalan que "si por una parte se llega justificadamente a refutar la jurisdicción de los árbitros como negocio privado y, por otra, se rechaza la posibilidad de asimilarla a los organismos del Estado, se establece, sin embargo, una suerte de estructura *sui generis*, que en la técnica se denomina jurisdicción convencional...", toda vez que "se trata de una institución contractual por su origen y procesal por sus efectos" (CALVO CARAVACA).

La diferencia fundamental radica en que solamente los jueces del Estado tienen el poder de ejecución forzada, la coacción en sentido estricto. Dicho en otras palabras, debe distinguirse claramente el proceso de dilucidación de un conflicto y su solución, del cumplimiento voluntario del fallo o de la ejecución forzada. Por lo tanto, podemos afirmar que los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*.

En nuestro país, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce desde el siglo XIX, que el arbitraje es "jurisdiccional por su naturaleza", "por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos", en especial, otorgándole el carácter de título ejecutorio al laudo al igual que a la sentencia (Fallos 22:371; 247:323; 296:230; 302:1280; 320:700, 320:2379; 322:1100.). Así también ha sostenido que "aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes" (Fallos 322:1100).

Las consecuencias jurídicas de la adopción de una u otra línea de pensamiento extremas respecto a la naturaleza del arbitraje implica, por lo menos, lo siguiente:

a) *Si el arbitraje es un contrato*: la teoría privatista acentúa la responsabilidad del árbitro frente a la parte. Por lo tanto, como consecuencia de su accionar podrán derivar consecuencias que den a la parte acción por daños y perjuicios, como si incumpliera un contrato.

Por otra parte, si lo vemos como un contrato, su regulación desde el punto de vista constitucional, es una atribución exclusiva del Congreso de la Nación. Según esta línea de pensamiento, parece poco prudente, que cada provincia dicte normas de arbitraje internacional y menos plausible parece que lo realicen órganos supraprocesales e infranacionales como los previstos en el art. 124 de la CN. Por ello, se recomendó como razonable, la regulación del arbitraje nacional e internacional por ley del Congreso.

b) *Si es una función jurisdiccional*: la responsabilidad se hace más laxa, asimilando el árbitro al juez. La responsabilidad se restringe a contados casos preestablecidos, tales como dolo, colusión negligencia grave. Estaríamos en condiciones de afirmar que los árbitros gozarían de inmunidad.

Por el contrario, si el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, su regulación normativa, al igual que la de toda cuestión relacionada con las normas de procedimiento, enjuiciamiento o juzgamiento, es resorte exclusivo e indelegado de las provincias, toda vez que de conformidad con el sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, la atribución de legislar en materia procesal pertenece, como principio a las jurisdicciones locales y no al Congreso de la Nación (arts. 5, 75 inc. 12, 121 de la CN).

El Código Civil y Comercial, adopta el criterio de regular al arbitraje como un contrato, dedicándole el Capítulo 29 del Título IV. Ello pues implica, desde el punto de vista del debate doctrinario, erradicar toda duda respecto a la naturaleza jurídica.

4. CONTRATO DE ARBITRAJE

4.1. Concepto

Según el art. 1649 del CCC, habrá contrato de arbitraje "...cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público".

Tal como surge del texto del artículo, el legislador define arbitraje como "contrato de arbitraje". Al incluirse de este modo se adopta definitivamente la tesis contractualista, como ya hicimos alusión en el acápite anterior.

Observamos, que esta decisión coloca al texto en la línea seguida por los instrumentos jurídicos internacionales más modernos y exitosos en materia de arbitraje comercial internacional, tales como la Convención de Nueva York (1958) o la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (1985/2006) que conciben como contrato al acuerdo o pacto arbitral, y a la cláusula compromisoria.

4.2. Principios rectores en materia arbitral

4.2.1. Autonomía

Según lo reglado en el art. 1653 del CCC, este acuerdo es independiente del contrato con el que se relaciona, por consiguiente, su ineficacia no obsta la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia (aun en caso de inexistencia o nulidad), para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

Esto significa que el contrato arbitral goza de independencia, respecto de la relación jurídica o convenio al que se encuentra vinculado.

Este principio tiene repercusión inmediata en la jurisdicción de los árbitros para entender en el litigio, como veremos a continuación. Resulta sensato presumir que la cláusula o acuerdo arbitral tiene su propia autonomía, y que, por lo tanto, el tribunal arbitral tiene competencia para decidir sobre la validez del contrato dentro del cual se encuentra incorporada la cláusula o acuerdo de arbitraje.

Viéndolo de una perspectiva práctica, si la impugnación del contrato significara simultáneamente la del acuerdo arbitral, hasta tanto esa impugnación sea definitivamente rechazada por la justicia, los árbitros no podrían considerarse con jurisdicción suficiente para entender en el conflicto, llevando a la interrupción del proceso arbitral: "Tal situación favorecería claramente al litigante de mala fe, interesado en trabar el proceso arbitral. Le bastaría aducir un vicio en el contrato principal para excluir la intervención de la justicia arbitral pactada por las partes en una de sus cláusulas. Esta articulación sería suficiente para apartar la intervención de la justicia arbitral a favor de los tribunales del Estado" (GRIGERA NAÓN).

4.2.2. *Kompetenz - Kompetenz (Competencia de la Competencia)*

Excepto convención en contrario, este contrato faculta a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, inclusive sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida examinar el fondo de la controversia.

Dicho de otra forma, el principio de la "competencia de la competencia" (según la doctrina alemana, *Kompetenz - Kompetenz*) permite evitar que una parte, limitándose a invocar la incompetencia del órgano arbitral, pueda retrasar o interrumpir el desarrollo del procedimiento, al otorgar a los árbitros el poder de decidir en primer término sobre su propia competencia. Se observa, además, que este principio importa la aplicación análoga en el ámbito arbitral de una forma reducida del principio procesal que permite a todo órgano judicial decidir sobre su competencia.

En tal sentido, este principio permite al órgano arbitral proseguir su misión aunque la existencia o validez del convenio arbitral sea impugnada por causas que afectan directamente a éste. Podemos observar que este es un efecto del principio objeto de análisis, puesto que la separabilidad del convenio arbitral no puede justificar la continuación de la misión de los árbitros, si la causa de invalidez es consustancial al convenio arbitral mismo, el cual permite a los árbitros constatar la eventual nulidad del convenio arbitral y dictar un laudo que sirva para declarar su propia incompetencia.

Con relación a las fuentes de este precepto, debemos especificar que ha sido contemplado por prácticamente todos los reglamentos de los más sobresalientes centros de arbitraje a nivel nacional e internacional, por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional que lo regula de la siguiente

manera: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato".

En la jurisprudencia argentina, este principio ha sido reconocido en el fallo "*Welbers S.A. Enrique contra Extraktionstechnik Gesellschaft Für Anlagenbau M.B.M.*", de la Sala E de la Cámara Comercial, del 26/09/88.

4.3. Caracteres

El contrato de arbitraje presenta los siguientes características:

- a) *Consensual*. Es un negocio que se perfecciona con el mero acuerdo de partes (consentimiento).
- b) Es un contrato *formal* al tenerse que instrumentar por escrito (art. 1650 del CCC).
- c) Es *bilateral*, puesto que las partes se obligan mutuamente al sometimiento de la controversia al procedimiento arbitral.
- d) Se trata de un contrato *autónomo*, se rige a sí mismo, independientemente de si es pactado dentro de otro contrato o en forma separada. En consecuencia, podrá o no ser un contrato *conexo* (ver arts. 1653 y 1073 y ss.).
- e) Tiene una regulación específica en la ley, por lo que resulta *nominado*.
- f) Finalmente, se trata de un contrato *conmutativo*, por lo que las eventuales ganancias o pérdidas se presumen razonablemente conocidas por las partes desde su celebración.

4.4. Clases de arbitraje

En el Código Civil y Comercial se establecen diversos casos de arbitraje de conformidad con lo establecido en los arts. 1652 y 1657.

En el art. 1652 se alude al arbitraje de derecho y al arbitraje de equidad, instituyéndose que en caso de que nada se estipule al respecto, se debe entender que el arbitraje es de derecho.

4.4.1. "Arbitraje de derecho" y "arbitraje de equidad"

Podrá pactarse que el arbitraje sea resuelto "en derecho": esto implica que el tribunal arbitral se fundamentará en las leyes y reglamentos que aplican al contrato. Por ejemplo, en las controversias

relacionadas con contratos de arrendamiento de inmuebles, se aplicarían las normas correspondientes en dicha materia (Código Civil y Comercial, y las leyes vinculadas).

En contraposición, las partes pueden acordar que la disputa se resuelva "en equidad". En este tipo de arbitraje, el tribunal arbitral no aplica ni leyes ni reglamentos para resolver el conflicto sino su entendimiento de lo que es justo y equitativo. A manera de ejemplo, en una discrepancia sobre arrendamiento de inmueble, el tribunal arbitral no tomaría estrictamente en cuenta la legislación vigente, sino que estudiaría los hechos del caso y la manera cómo han actuado las partes para encontrar una solución justa.

Ahora bien, advertimos la Comisión reformadora ha modificado deliberadamente la presunción del derecho de fuente interna vigente, establecida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en cuyo art. 766 dispone que: "Podrá someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores las cuestiones que puedan ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se hubiere estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es amigables componedores".

Por otra parte, en el art. 1657 del CCC se faculta a las partes a que designen un centro de arbitraje a quien confiarán la administración del procedimiento así como la designación de los árbitros. Se está haciendo alusión a lo que comúnmente se conoce como "arbitraje institucional": las partes se remiten a una institución especializada —a la cual se vinculan en el convenio arbitral— a fin de que administre el proceso según las normas recogidas en su propio reglamento, que respetará, en todo caso, las normas imperativas de la ley de arbitraje. Estas instituciones serán órganos de carácter permanente, pudiendo ser corporaciones de derecho público, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, que podrán desarrollar las funciones arbitrales con rapidez y eficacia.

Como ejemplos dentro del territorio nacional, podemos citar al Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC), y la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, entre muchos otros.

4.5. Elementos accidentales. Cláusulas facultativas

En el marco de la libertad de contratación, se faculta a las partes a fin de poder incorporar elementos accidentales, efectos y, en definitiva, el contenido contractual que admitan como adecuado a fin de ponerle fin a eventuales controversias que pudieran gestarse. El art. 1658 del CCC prevé una lista meramente enunciativa de tipos de cláusulas que podrán incorporarse por lo que no agotan o limitan la autonomía de la voluntad.

Entre ellas, la norma en cuestión menciona la posibilidad de acordar:

- a) la sede del arbitraje;
- b) el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;
- c) el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;
- d) el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo: a falta de convención, regirá el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto, el que establezca el derecho de la sede;
- e) la confidencialidad del arbitraje;

f) el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

4.6. Consentimiento

El negocio se perfecciona por el acuerdo de partes. Es decir, desde que se comprometen —de común acuerdo— someterse a la decisión de uno o más árbitros, frente a algunas o todas las controversias que pudieran suscitarse en los términos del art. 1649 del CCC.

Ahora, si bien en materia de Consentimiento hemos de remitir a las consideraciones generales expuestas al analizar este elemento esencial, corresponde detenernos en una situación de nulidad que se puntualiza en el Capítulo 19 que analizamos.

Así en el art. 1661 del CCC se sanciona con la nulidad de la cláusula arbitral, cuando ella sea el resultado de una preferencia o de un privilegio reservado para una de las partes (en desmedro de la otra) con relación a la facultad exclusiva para la designación de los árbitros.

Entendemos que dicha facultad ha sido admitida como abusiva. Resulta de una atribución exclusiva que bien podría desnaturalizar o desequilibrar el contrato al brindar la chance de que uno de los contratantes pueda elegir un árbitro de acuerdo a su gusto y conveniencia. Así no sólo se colocaría en una situación de desventaja al cocontratante sino que podría afectarse la neutralidad de aquellos que deberían velar por una ajustada y equitativa solución de los asuntos conferidos.

Consideramos que sobre la base de este artículo, la evaluación, ponderación de la situación de privilegio para declarar la nulidad debe limitarse a ese único aspecto, principalmente, porque sólo esa cuestión ha sido expresamente mencionada en la norma.

4.7. Objeto de arbitraje

4.7.1. Controversias excluidas

En el art. 1651 del CCC se establece una enumeración de las controversias que escapan a la jurisdicción arbitral. Con relación a este artículo, cabe que observemos que la Comisión reformadora opta por no definir qué cuestiones pueden ser objeto de arbitraje, sino que se inclina por excluir *in limine* aquellas que no pueden serlo.

Por consiguiente, no pueden consistir en el objeto del arbitraje las siguientes cuestiones:

a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas (por ejemplo, cuestiones que hacen a la validez del matrimonio; procesos de interdicción);

b) las relaciones de familia (por ejemplo, no puede someterse a la decisión de árbitros el crédito por alimentos que tiene un cónyuge con respecto al otro, o bien, el régimen de visitas que tendrá un progenitor con respecto a su hijo menor no conviviente);

c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;

d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto (revisar cláusulas controvertidas en un contrato bancario, o de medicina prepaga);

e) las derivadas de relaciones laborales.

Como se advierte, las cuestiones excluidas de la posibilidad del arbitraje en cuestión se vinculan a diferentes fundamentos, tales como las relaciones de familia, estado y capacidad de las personas que se relacionan, entre otros aspectos, a la idiosincrasia de una sociedad y sus costumbres más arraigadas.

Las relaciones de consumo, en cambio, al igual que las regidas por el derecho laboral, tienen como nota distintiva la desigualdad del poder negociador, tanto al momento de la celebración del contrato como durante su ejecución. Es sobre la base de dicha consideración que, al caracterizarlos como "la parte débil" del contrato, el orden jurídico busca equilibrar su poder, su posibilidad de negociación y estrategia de defensa de sus intereses, a través de diversas herramientas tutelares. En este sentido, la disposición del art. 2654 *in fine* del CCC, establece que en materia de contratos de consumo no se admite el acuerdo de elección de foro.

Destacamos que, en el último párrafo del art. 1651 del CCC, la nueva legislación establece que las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no serán aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

En la esfera del derecho internacional privado, por su parte la Convención de Nueva York establece en el art. 5, inc. 2º, que podrá denegarse la ejecución del laudo cuando según la ley del país en que se pretende ejecutar esa cuestión no "es susceptible de solución por vía arbitral". En consecuencia, en principio no sería ejecutable en Argentina un laudo que versare sobre una materia excluida por el artículo en análisis.

4.8. Forma

Con relación a las solemnidades, el Código Civil y Comercial dispone, en el art. 1650, que el acuerdo de arbitraje deberá instrumentarse por escrito, pudiendo constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente.

En consecuencia, la forma exigida por el Código unificado es *ad probationem*, esto es, a los efectos probatorios.

Sin embargo, no puede dejar de destacarse que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su art. 739 que: "El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento".

En el ámbito regional americano, podemos advertir que se continúa la tradición de requerir la forma escrita para la celebración del acuerdo.

Así se establece en el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional Civil y Comercial (ratificado por la República Argentina mediante [ley 24.669](#)) en su art. 4º que "los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales".

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, en su art. 6º, presenta una norma de características similares.

Por otra parte, la forma escrita reviste fundamental protagonismo en materia probatoria: resulta decisiva para ya sea, para lograr su exigibilidad, para pedir su formalización judicial o establecer la constitución del tribunal arbitral, en el caso de que una de las partes no quiera designar árbitro, o bien, que las partes no logren acuerdo con relación a su constitución.

Con relación a las contrataciones electrónicas, existen diversas soluciones posibles para adaptar la exigencia de forma escrita en el ciberespacio.

Desde una primera mirada, es posible adoptar una visión extensiva de la noción de escritura, es decir, asimilarla a la de documentos informatizados. Entonces, el convenio arbitral celebrado por vía electrónica tendrá plena validez y producirá todos sus efectos siempre que se haga constar su existencia, y sea accesible para ulterior consulta.

En palabras de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, "Cabe tener aquí presente las nuevas corrientes de interpretación basadas en la aplicación del criterio de 'equivalencia funcional' por medio del cual se confiere al documento digital firmado los mismos efectos que se le imputan al documento escrito en formato papel. A su respecto, en esta oportunidad solo adelantaremos que este criterio está basado en el análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito en soporte papel con miras a determinar si el documento electrónico satisface dichos objetivos y funciones. Es decir que si el medio electrónico empleado, es suficiente para cumplir los objetivos pretendidos por el legislador al imponer determinado requisito formal, por ej. 'que conste por escrito', el medio electrónico empleado 'es el equivalente funcional' al requisito tradicional".

En este sentido se evidencia la modificación que con fecha 7 de julio de 2006 se introdujo en el art. 7.4 (opción I) de la Ley Modelo UNCITRAL (fuente directa del Código unificado en la materia en análisis) en tanto establece: "el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta...".

En resumidas cuentas, consideramos que el término "escrito" debe ser entendido en sentido amplio, para dar espacio al empleo de los nuevos medios de comunicación electrónicos.

4.9. Efectos

El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado, excluyendo la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable (art. 1656 del CCC).

Este artículo se encuentra en concordancia con las estipulaciones de Derecho Internacional Privado en el mismo texto legal sobre el carácter "exclusivo" de la jurisdicción establecida por acuerdo de partes. Esto se ve claramente en el art. 2606, el cual establece el carácter exclusivo de la elección de foro: "el juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario". El carácter exclusivo del foro arbitral impedirá que la parte renuente en acudir al arbitraje, y con el objetivo de dilatar la solución del diferendo, acuda (y encuentre acogida) a alguna jurisdicción estatal.

Este precepto, tiene su pilar fundamental el principio de autonomía de la voluntad, que ya hemos desarrollado en otros pasajes de esta obra: las partes han decidido someterse voluntariamente a este régimen, ejerciendo plenamente su libertad de contratación.

En consecuencia, afirmamos que el acuerdo arbitral tiene un doble efecto:

a) *Un efecto positivo*, consistente en la obligación de las partes de someter la controversia que entre ellas surja a la decisión de árbitros.

b) *Un efecto negativo*, que como resultado de lo anterior, implica la exclusión de la intervención respecto de la controversia del conocimiento de los tribunales judiciales. Efectivamente, si surgiendo una conflicto una de las partes incumpliendo lo convenido, se presenta ante un juez pidiendo que la diferencia sea resuelta por los tribunales. El acuerdo arbitral perderá eficacia a menos que se otorgue a la otra parte la posibilidad de plantear una excepción de incompetencia basada en la existencia del pacto arbitral, obligando al juez a rechazar su competencia, y así remita a las partes a arbitraje.

El mismo art. 1656 del CCC contempla una regla interpretativa en la materia: en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje, en concordancia con el principio de conservación, estudiado en la parte general de la materia.

Finalmente, los laudos arbitrales, es decir, los pronunciamientos del tribunal arbitral, que se dicten en el marco de las disposiciones del capítulo pertinente, pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio, en los casos en los cuales se invoquen causales de nulidad (sean totales o parciales), conforme con las disposiciones del Código unificado.

En síntesis, en el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

4.10. Efectos con relaciones a los árbitros

4.10.1. Designación de los árbitros

El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se dice, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para la designación del o los árbitros (art. 1659 del CCC).

Supuesto de discrepancia entre las partes:

a) *En el supuesto de un arbitraje con tres árbitros*: cada parte nombra un árbitro y éstos dos designan al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial (inc. a del art. 1659 del CCC).

b) *En el supuesto de un arbitraje con árbitro único*: si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial (inc. b del art. 1659 del CCC).

Finalmente, el art. 1659 en estudio, en su última parte, estipula que, cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje (en caso de un arbitraje institucional), o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o árbitros, según corresponda.

4.10.2. Obligaciones de los árbitros

Una vez aceptado el cargo, el árbitro se debe comprometer a cumplir con las obligaciones detalladas en los siete incisos del art. 1662 del CCC, bajo apercibimiento de ser demandado por los daños y perjuicios que pudieran corresponder a su acción u omisión. Así en la norma se detallan:

- a) revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
- b) permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;
- c) respetar la confidencialidad del procedimiento;
- d) disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
- e) participar personalmente de las audiencias;
- f) deliberar con los demás árbitros, en el caso de un arbitraje colegiado;
- g) dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.

4.10.3. Dictado de medidas previas

Siempre y cuando no exista convención en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, exigiendo la caución que consideren adecuada al peticionario (art. 1655 del CCC).

Sin embargo, lo que concierne a la ejecución de las medidas cautelares, y en su caso de las diligencias preliminares (como por ejemplo, una inspección ocular del lugar donde ha acaecido un hecho, a fin de obtener los datos necesarios que pudieran ser imprescindibles para el desarrollo del proceso), se debe hacer por el tribunal judicial. Asimismo, las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables (art. 1655, *in fine* del CCC).

De todas formas, el legislador previó que las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez competente, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral. Esto tampoco implica una exclusión deliberada de los poderes de los árbitros.

4.10.4. Algunos aspectos procesales

a) *Recusación*. Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros (art. 1663 del CCC).

Debemos aclarar que entendemos que se tratan de supuestos de recusación con causa.

b) *Competencia*. La competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a los que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede (art. 1665 del CCC).

c) *Honorarios*: Pueden ser pactados por las partes y los árbitros. En caso de falta de determinación quedarán sujetos a la cuantificación judicial (art. 1664 del CCC).

CAPÍTULO XLIII - FIDEICOMISO. CON LA COLABORACIÓN DE GERALDINE DRESDNER

1. INTRODUCCIÓN

El fideicomiso es un instituto ponderado por su enorme versatilidad y utilidad práctica para dar forma a negociaciones complejas de diversa escala en el que conviven intereses muy diferentes, por lo que ha tenido un creciente desarrollo en toda clase de negocios, en el ámbito empresarial privado y en aquellos con fines públicos.

Su significado etimológico nos remite a confianza, a fe depositada en alguien para el cumplimiento de un encargo o comisión (MAURY).

Fideicomiso es, en esencia, el negocio por el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de bienes para que sean destinadas a una finalidad determinada. Sus notas básicas son: a) transferencia de la propiedad, b) encargo de confianza (HERRERO-PONS).

El Código Civil y Comercial de la Nación ([ley 26.994](#)) ha incorporado al fideicomiso en el título de los contratos, regulándolo en los arts. 1666 a 1707, dedicando el último capítulo al dominio fiduciario y el anterior al fideicomiso testamentario (disciplinas ajenas a los contratos pero estrechamente vinculadas a la figura contractual en cuestión).

El fideicomiso argentino así regulado combina la fiducia del derecho romano con el *trust* anglosajón, participando de lo que se ha denominado "fideicomiso latinoamericano".

Pues, resulta necesario diferenciar al negocio fiduciario del dominio fiduciario: el contrato de fideicomiso del derecho real que surge de aquella relación.

En el ámbito privado tiene aplicación en el Derecho Sucesorio; también se ha desarrollado en el ámbito familiar, para la protección de menores, dementes, ancianos, inhabilitados, inexpertos, quienes transfieren su patrimonio a un fiduciario para su administración (LORENZETTI). Asimismo, se ha expandido como herramienta de captación de fondos que son administrados por una entidad bancaria fiduciaria (ej.: para financiar la construcción de edificios, invertir en los fondos de pensión y jubilación, fondos comunes de inversión, seguro de vida). El fideicomiso puede ser una garantía, puesto que el deudor transfiere el bien al acreedor mientras va pagando la deuda, con la enorme ventaja de que el bien no es agredido por otros acreedores ni por la quiebra (LORENZETTI), y ante la falta de pago se aplica el procedimiento especial de liquidación que prevé la ley.

2. CONCEPTO

"Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario" (art. 1666 CCC).

Así definido, debemos comprender que existe un encargo a título de confianza. Para posibilitarlo, una parte transmite a la otra la propiedad fiduciaria de bienes por un tiempo determinado y la otra los administra en beneficio de terceros (o de una de las partes que desempeñe el rol de beneficiario). Cumplido el plazo o condición que pone fin al contrato, se debe dar a esos bienes el destino convenido.

En el vínculo que estudiamos coexisten dos aspectos: 1) un contrato de fideicomiso que da origen a derechos personales o creditorios, en virtud del cual el fiduciante o fideicomitente se obliga a transmitir el bien fiduciario, quien a su vez se obliga a gestionar el bien y a transmitirlo nuevamente en las condiciones pactadas, percibiendo una remuneración por ello, salvo pacto en contrario; y 2) la propiedad fiduciaria es un derecho real, cuyo título es el contrato de fideicomiso y se caracteriza por ser un dominio especial (LORENZETTI).

Complementando la definición transcripta con su régimen legal, podemos señalar las notas características de este tipo contractual:

a) Dos partes: el fiduciante, quien se obliga a transmitir la propiedad de bienes sujeto a plazo o condición; el fiduciario, quien se obliga a administrar esos bienes en cumplimiento de la finalidad y a desprenderse de esa propiedad una vez vencido el plazo o cumplida la condición;

b) Un encargo de confianza del fiduciante al fiduciario;

c) Un bien o pluralidad de ellos, incluso universalidades, que al momento de la celebración deben estar determinados a ser susceptibles de determinación según las pautas que deben constar en el contrato; además pueden incorporarse otros bienes al fideicomiso, de acuerdo al procedimiento que se establezca en el acuerdo;

d) Un sujeto beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso;

e) Un sujeto destinatario final de los bienes (fideicomisario);

f) Un plazo máximo de duración del contrato de 30 años desde su celebración, salvo que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad o su muerte;

g) Una remuneración a favor del fiduciario, salvo pacto en contrario;

h) Un procedimiento de sustitución del fiduciario para asegurar la continuidad del contrato.

3. CARACTERES

a) Nominado

Decimos que es un contrato nominado, puesto que la ley lo regula especialmente (art. 970 CCC).

La normativa (la mayoría del articulado) que la ley destina al fideicomiso que llamamos común constituye el régimen general del contrato al que deberá sujetarse el fideicomiso financiero, salvo en aquello que hubiere normativa específica. Ello se desprende del art. 1690 CCC.

En consecuencia, podemos afirmar que existen 2 subtipos: común o general y financiero.

Con respecto al fideicomiso testamentario, ha de aclararse que se trata de una disposición de última voluntad que también puede constituir título suficiente para la transmisión del derecho real de dominio fiduciario (conf. art. 1701 CCC).

b) Consensual

El contrato en estudio queda perfeccionado desde que las partes hubieran manifestado el consentimiento, a diferencia de la transmisión de la propiedad fiduciaria que exige cumplir otros requisitos.

c) Bilateral

Preliminarmente, debe entenderse que —tal como se encuentra regulado actualmente el fideicomiso (conf. [ley 26.994](#))— las únicas partes son el fiduciante y el fiduciario, mientras que beneficiario y fideicomisario son terceros destinatarios de una estipulación a su favor.

Ambas partes quedan obligadas, haya o no remuneración pactada. El fiduciante debe transmitir la propiedad fiduciaria y el fiduciario debe cumplir el encargo.

Es bilateral en cuanto las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 966 CCC). Sin embargo, cabe distinguir cuando es bilateralmente creditorio o cuando su conformación es bilateralmente atributiva (LÓPEZ DE ZAVALÍA): en el primer caso ambas partes están recíprocamente obligadas; en el segundo, el fiduciante verifica la atribución de la titularidad fiduciaria y el fiduciario la atribución de la gestión a que se obliga.

Por otra parte, se da una particularidad con respecto a uno de los efectos propios de los contratos bilaterales (la facultad implícita de resolverlo): el fiduciante puede evitar la resolución del contrato ante el incumplimiento del fiduciario, pues la ley proporciona un esquema de continuidad mediante la sustitución del fiduciario (ver arts. 1678 y 1679 CCC), acorde con la finalidad del instituto. Además, cabe tener en cuenta la pauta del art. 1011 CCC para los casos de contratos de larga duración.

d) Neutro o incoloro

Primeramente, cabe precisar que únicamente hay ventaja para el fiduciario si se pacta una retribución a su favor, pues los bienes fideicomitidos no ingresan a su patrimonio sino que constituyen un patrimonio de afectación que él simplemente administra en beneficio de otro designado en el contrato.

Desde el punto de vista de la remuneración, podría decirse que se presume oneroso: "Excepto estipulación en contrario, el fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución, ambos a cargo de quien o quienes se estipula en el contrato. Si la retribución no se fija en el contrato, la debe fijar el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda, la importancia de los deberes a cumplir, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias en que actúa el fiduciario" (art. 1677 CCC).

Sin embargo, cabe aclarar que allí no se trata de precio por la transmisión fiduciaria, sino por la gestión que realiza el fiduciario por encargo del fiduciante.

Por otro lado, existe una atribución pero no necesariamente una ventaja patrimonial que se le procure al fiduciante mediante las prestaciones a cargo del fiduciario.

Por ello, afirmar la onerosidad o gratuidad del contrato de fideicomiso implicaría una simplificación que no resulta acorde con el análisis integral del negocio.

Concluimos, entonces, que podría entenderse al fideicomiso como aquellos pertenecientes a la categoría que doctrinariamente se denomina neutros o incoloros.

e) A favor de terceros

El contrato de fideicomiso es a favor de terceros: beneficiario/s y/o fideicomisario/s. Ello implica la aplicación de la doctrina correspondiente a la estipulación a favor de tercero (arts. 1027/1028).

Sin embargo, cabe aclarar que el fiduciante, puede ser beneficiario y/o fideicomisario, por haberse pactado así o por el sistema de sustituciones previstos en el contrato o judicialmente (conf. art. 1679 CCC), caso en el cual no cabría hablar de contrato a favor de tercero.

f) Formal

El art. 1669 CCC establece: "El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso".

En consecuencia, se requiere la forma escrita —instrumento público o privado—, lo cual queda corroborado por las exigencias en cuanto al contenido del contrato especificado en el art. 1667 CCC. Dicho de otro modo, salvo aquellos casos en que la escritura pública fuera exigida por la naturaleza de los bienes fideicomitidos, las partes pueden escoger el instrumento privado, con las consecuencias previstas por la ley en cuanto a su valor probatorio y su oponibilidad frente a terceros.

En cuanto a la omisión de la escritura pública, si fuere requerida, la norma citada reitera el criterio general de los contratos de formalidad solemne relativa enunciada en el art. 969 CCC que indica la conversión del acto.

Por su parte, de conformidad con el art. 1683 CCC el carácter fiduciario de la propiedad tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos.

Y en cuanto a los frutos de los bienes fideicomitidos, debe dejarse constancia en el título para la adquisición y en los registros correspondientes de la posibilidad otorgada al fiduciario de adquirir su propiedad fiduciaria, en caso de haberse pactado de ese modo (art. 1684, segunda parte, CCC).

En definitiva, el fideicomiso es un contrato formal, pudiendo adoptarse el instrumento público o privado; pero si se trata de bienes cuya transmisión debe ser efectuada por escritura pública, el contrato es solemne relativo, puesto que si no se respeta la forma, el acto es susceptible de conversión, es decir, las partes quedarán obligadas a llenar la forma de ley. Asimismo, se requiere la inscripción en el Registro Público respectivo para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

De ese modo, la forma del contrato es un elemento distinto de las exigencias requeridas para la transmisión de la propiedad fiduciaria, para lo cual deberán respetarse los requerimientos de título, modo y publicidad suficientes, además de transcribirse el contrato de fideicomiso, según el caso.

g) De confianza

Se trata de un encargo de confianza, la cual supone un riesgo que se procura compensar, aunque mínimamente, por las obligaciones personales que asume el fiduciario en una extensión determinada por la causa del contrato, cuyo incumplimiento puede producir la revocación del encargo y la fiducia (LORENZETTI).

4. ELEMENTOS

4.1. Sujetos

Recordamos que son presupuestos de la celebración del contrato la capacidad y legitimación de los sujetos, para lo cual remitimos a las reglas generales en la materia, sin perjuicio de las normas específicas que explicaremos a continuación.

Más que de sujetos, cabe en esta figura referirse a los roles que pueden desempeñar las personas intervinientes, dado que una misma puede asumir más de una posición a la vez, con las limitaciones que la ley establece.

Son partes: fiduciante y fiduciario. Son terceros a cuyo favor se contrata: beneficiario y fideicomisario.

i. Fiduciante, constituyente o fideicomitente

Es quien transmite la propiedad fiduciaria e instruye al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir.

ii. Fiduciario o fideicomitido

Es quien recibe la propiedad fiduciaria de los bienes objeto del contrato y se compromete a cumplir el encargo con la finalidad acordada.

De acuerdo a lo establecido en el art. 1673 CCC, el fiduciario:

a) Puede ser cualquier persona humana o jurídica.

b) Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir. Debe entenderse que esta regla es aplicable exclusivamente al fideicomiso financiero, con o sin oferta pública; en cambio, tales recaudos no son exigibles para el fiduciario de un fideicomiso común o privado.

c) Puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

Finalmente, en caso de cese del fiduciario por haberse configurado alguna de las causales previstas en el art. 1678 CCC, debe procederse a la sustitución, de conformidad con lo establecido en el art. 1679 CCC (del modo convencionalmente previsto —fiduciario sustituto indicado o designación por el procedimiento dispuesto en el contrato— o judicialmente a pedido de parte interesada —fiduciante, beneficiario, fideicomisario, acreedor del patrimonio separado—). Es decir, el cese del fiduciario no produce la extinción del contrato de fideicomiso, sino la sustitución de un fiduciario por otro, del modo reglado.

En cuanto al régimen correspondiente a la sustitución, modo de efectuarla y consecuencias, remitimos a lo dispuesto en la norma ya citada.

iii. Beneficiario

Es aquel en cuyo beneficio se administran los bienes fideicomitados y eventualmente acreedor de algunas prestaciones.

No es parte en el contrato sino un tercero en cuyo favor se efectúa la estipulación contractual, salvo que este rol sea desempeñado por alguna de las partes.

En virtud de lo dispuesto en el art. 1671 CCC:

- a) Puede ser una persona humana o jurídica.
- b) Puede existir o no al tiempo de la celebración del contrato; en este último caso, deben constar los datos que permitan su individualización futura.
- c) Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.
- d) Pueden designarse varios beneficiarios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual; en caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.
- e) Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario; si también el fideicomisario renuncia, o no acepta o no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.
- f) El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante.
- g) Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas precedentes (a-e).

iv. Fideicomisario

Es el destinatario de los bienes fideicomitidos, una vez cumplido el plazo o condición a que está sometida la propiedad fiduciaria. Así, el art. 1672 CCC expresa: "*el fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso*". Y la misma norma agrega:

- a) Puede ser el fiduciante, el fiduciario o una persona distinta de ellos.
- b) No puede ser fideicomisario el fiduciario.
- c) Se aplican las reglas a-e enunciadas para el beneficiario.
- d) Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante.

4.2. Consentimiento

Sin perjuicio de remitir a las normas generales en materia de consentimiento para la formación del contrato entre el fiduciante y el fiduciario, este negocio presenta la particularidad de que el beneficiario y el fideicomisario deben aceptar la estipulación efectuada a su favor para recibir las respectivas prestaciones, tal como lo dispone el art. 1681 CCC en los siguientes términos: "Para recibir las prestaciones del fideicomiso, el

beneficiario y el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales". La norma citada contiene, además, las siguientes pautas:

a) La aceptación se presume: 1) cuando intervienen en el acto de celebración del contrato de fideicomiso; 2) cuando realizan actos que inequívocamente la suponen; o 3) son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros.

b) Si no ocurre dicha aceptación, el fiduciario puede requerirla mediante acto auténtico fijando a tal fin un plazo prudencial; no producida la aceptación, debe solicitar al juez que la requiera sin otra substanciación, fijando a tal fin el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado.

Claramente, si luego del referido procedimiento, en beneficiario y/o el fideicomisario no aceptan, se aplicarán las reglas de designación reseñadas para cada uno de ellos (ver arts. 1671 y 1672 CCC).

4.3. Objeto

Está constituido por los bienes que componen el patrimonio de afectación para el cumplimiento del cometido a cargo del fiduciario.

Establece el art. 1670 CCC que "pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras".

Dichos bienes deben estar determinados al momento de la celebración o ser determinables ulteriormente, debiendo constar los requisitos y características para su debida individualización (art. 1667-a CCC).

Pueden ser bienes actuales o futuros. Para este último supuesto, debe fijarse en el contrato el modo en que serán incorporados al fideicomiso (art. 1667-b CCC).

Puede ser un bien o una pluralidad de ellos, inclusive las universalidades; basta que se encuentren en el comercio.

4.4. Causa

El contrato puede obedecer a una causa de garantía, inversión, custodia o administración, dando lugar a las distintas especies de fideicomiso (de garantía, financiero, ordinario o de administración, etc.).

Explica LORENZETTI que la finalidad típica del contrato de fideicomiso es transmitir la propiedad fiduciaria (excepción a la regla de la transmisión dominial definitiva por estar sujeta a plazo o condición) para evitar la confusión patrimonial y neutralizar la acción de otros acreedores. De ese modo, se constituye un patrimonio de afectación que analizaremos más adelante.

4.5. Plazo

Es un elemento esencial del contrato (conf. arts. 1667-c y 1668 CCC). Incide fundamentalmente en los derechos y obligaciones de las partes y define al dominio fiduciario (esencialmente temporario, por oposición al dominio perfecto que es perpetuo).

El fideicomiso no puede durar más de 30 años desde la celebración del contrato. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto.

Si el beneficiario es una persona incapaz o con capacidad restringida, puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte.

Cumplida la condición o pasados los 30 años sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación, deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

En caso de que nada se diga acerca de la duración del contrato en el instrumento correspondiente, debe entenderse que el fideicomiso se prolonga hasta tanto se cumpla con la finalidad prevista para el encargo, siempre sujeto al máximo legal. Ello, sin perjuicio de la fijación judicial prevista en el art. 871 CCC para las obligaciones de plazo indeterminado.

5. FORMA Y CONTENIDO

En cuanto a la forma del contrato de fideicomiso, remitimos a lo expuesto al explicar su carácter formal.

Retomamos aquí los requisitos de contenido del instrumento, en el cual, según lo exige el art. 1667 CCC debe constar:

a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes;

b) La determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso;

c) El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria;

d) La identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671;

e) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672;

f) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.

Cada uno de los extremos enunciados encuentran su explicación en el desarrollo de los demás puntos de este capítulo. Pues, los incisos a y b apuntan a la determinabilidad del objeto del contrato ya examinado; el inciso c nos envía a la consideración del elemento temporal esencial analizado en 4.5. Luego, los incisos d y e se refieren a la necesidad de individualizar los sujetos ya considerados.

Finalmente, en cuanto al inciso f), cabe destacar que su omisión en el instrumento se encuentra reglada legalmente, por lo que no se trataría de una previsión esencial.

6. EFECTOS

6.1. Propiedad fiduciaria y patrimonio de afectación

Sobre los bienes objeto del contrato se constituye una propiedad fiduciaria, regida por los arts. 1683 a 1689 CCC "y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes" (art. 1682 CCC).

La transmisión de la propiedad fiduciaria implica constituir un patrimonio de afectación en los términos de los arts. 1685, 1686 y 1687 CCC, lo cual significa que:

- a) Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del fiduciario, fiduciante, beneficiario y fideicomisario;
- b) Está exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante, salvo fraude e ineficacia concursal;
- c) Los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor;
- d) Los bienes de fiduciario, beneficiario y fideicomisario no responden por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso (pues éstas serán satisfechas con los bienes fideicomitidos);
- e) La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para hacer frente a esas obligaciones no da lugar a la declaración de quiebra, sino a su liquidación judicial, a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario expresamente convenidos.

Cuadra subrayar que las pautas precedentes no excluyen la responsabilidad del fiduciario por su obrar, de conformidad con los principios generales (conf. art. 1687 CCC).

6.2. Derechos y obligaciones de las partes

6.2.1. Fiduciario

Las facultades del titular de la propiedad fiduciaria son casi las mismas que las del dueño pleno o perfecto, pues la diferencia principal radica en que este último es perpetuo y el primero es temporario. Así, el art. 1704 CCC establece: "El titular del dominio fiduciario tiene las mismas facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas". Es decir, que las amplias facultades que suelen corresponder al propietario de un bien, encuentran posibles

limitaciones en: a) lo que se hubiese pactado expresamente en el contrato; b) la finalidad del fideicomiso; c) el plazo o condición que pone fin al contrato. Cabe subrayar aquí la prohibición —indisponible por las partes— de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitados (conf. art. 1676 CCC).

1. Facultades materiales sobre los bienes:

El fiduciario tiene derecho al uso y goce de la cosa y, en consecuencia, de percibir sus frutos, sean naturales, industriales o civiles, así como los productos, sin estar sujeto a otra limitación que la del tiempo de duración de su derecho, que determinará su extinción, o las que pudieran ser establecidas por las partes en el pacto de fiducia.

En tal sentido, dispone el art. 1684 CCC, en su segundo párrafo, que: "Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitados y de los bienes que adquiere con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes".

Es decir, que esos frutos y productos, tanto como los bienes que con ellos se adquieran o aquellos que se obtengan por subrogación real, ingresarán en el patrimonio especial creado por la ley. Sin perjuicio de ello, siempre habrá que remitirse a lo que las partes hayan dispuesto contractualmente. En cuanto a la suerte de los frutos una vez concluido el fideicomiso, siendo que constituyen el patrimonio fideicomitado, el conjunto de bienes en su integridad es el que finalmente debe recibir el fideicomisario (conf. art. 1706 CCC). Lo afirmado comprende, desde ya, a los frutos pendientes, y a los percibidos por aplicación del principio de irretroactividad de los efectos de la extinción del dominio fiduciario (ver arts. 1705 y 1707 CCC).

Por su parte, claramente tiene derecho a realizar mejoras en los bienes objeto de su derecho. Asimismo, el goce del fiduciario se extiende a los aumentos que reciba la cosa por accesión; puede usar, gozar y disponer materialmente de las paredes medianeras que pudiera tener el bien inmueble.

2. Facultades jurídicas

Comprende el poder de administración y disposición de los bienes fideicomitados: "El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario" (art. 1688 CCC, primera parte). Hasta aquí la regla natural, en tanto estas facultades son una consecuencia de la confianza otorgada por el fiduciante (LORENZETTI).

No obstante, la ley reconoce sus límites en:

a) Los fines del fideicomiso —como quedó dicho con la cita precedente—, es decir, el fiduciario sólo está facultado para disponer o gravar cuando ello resulte necesario o conveniente, lo cual estará dado por la especie de negocio fiduciario de que se trate y la finalidad que persigan las partes (ej.: de garantía, en el cual suele sobreentenderse el derecho a la satisfacción directa; en cambio, el fideicomiso de administración se entiende contraído en interés del fiduciante o del beneficiario, por lo que cabe considerar atenuada dicha facultad); todo ello, teniendo en cuenta las pautas generales de interpretación, el principio de buena fe y la pauta para el obrar del fiduciario (prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él).

b) En el acuerdo de partes, el cual debe constar en el contrato e inscribirse registralmente junto con el bien para su oponibilidad a terceros: "El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario" (art. 1688 CCC, segunda parte). Esta norma excluye al fideicomiso del régimen previsto para las cláusulas de inenajenabilidad previsto en el art. 1972 CCC, en tanto "El dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en el Capítulo 30 y del presente Capítulo" (art. 1703 CCC).

El incumplimiento de la limitación contractual da lugar a la acción de daños contra el fiduciario que abusa o excede esos límites. En cuanto a la situación de los terceros, de resultarles oponibles tales limitaciones en virtud de su inscripción registral, tendrán acción reipersecutoria del bien o de inoponibilidad del gravamen.

c) En el fiduciario plural: "Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el art. 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el condominio" (arts. 1688 CCC, tercer párrafo), aunque "Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma" (art. 1688 CCC, *in fine*), por lo cual remitimos a lo expresado en el punto anterior respecto de los terceros.

3. Acciones para la protección del patrimonio fiduciario

El fiduciario, en su carácter de propietario, tiene legitimación sustancial y procesal para actuar en defensa de los bienes fideicomitidos. Puede promover acciones contra terceros y también contra el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario (conf. art. 1689 CCC, primer párrafo).

En líneas generales, podemos mencionar las acciones personales para reclamar la entrega de la cosa o la indemnización de los perjuicios, las acciones reales, las acciones posesorias y de deslinde.

Promover las acciones es su facultad pero también su deber. En efecto: "El juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo haga sin motivo suficiente" (arts. 1689 CCC, última parte), esto es, por vía subrogatoria.

4. Derecho a la retribución

En principio, el fiduciario no puede recibir los beneficios del fideicomiso, sino aquellos que sean designados beneficiario y fideicomisario (es decir, salvo que el fiduciario desempeñe también alguno de esos roles o ambos en el negocio); a su vez, la ley establece la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. En cambio, sí tiene el derecho al cobro de una retribución por su gestión y al reembolso de los gastos, salvo estipulación en contrario (art. 1677 CCC, primera parte).

La retribución puede estar patada en el contrato; en su defecto, la fijará el juez teniendo en consideración las pautas indicadas en el art. 1677 CCC, última parte: a) la índole de la encomienda (vgr. Si se trata de un fideicomiso financiero u ordinario, si es un fideicomiso de garantía); b) la importancia de los deberes a cumplir (se relaciona con el valor económico de los bienes involucrados, así como las utilidades y beneficios que obtenga en provecho el beneficiario); c) la eficacia de la gestión cumplida (vinculada directamente a la trascendencia que tiene para el fiduciante el cumplimiento del encargo, a su interés) ; y d) las demás circunstancias en que actúa el fiduciario (implica adecuar la valoración al caso concreto).

Dicha retribución puede consistir en un porcentaje del valor de los bienes fideicomitidos, o sobre el valor de las utilidades y beneficios que obtenga en provecho del beneficiario.

En cuanto al reembolso de los gastos, dicha previsión encuentra su justificativo en que el fiduciario cumple un encargo en interés ajeno.

5. Derecho a renunciar

El fiduciario puede decidir cesar como tal, siempre y cuando el contrato hubiere autorizado expresamente la renuncia como causa de cese (ver art. 1678 inc. e) CCC).

6. Obligación de cumplir el encargo. Deber de diligencia

Concretamente, el art. 1674 CCC, en su primera parte establece: "El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él".

Se trata de una obligación de hacer, consistente en cumplir el encargo diligentemente. Se asemeja, en este aspecto, al mandatario, quien tiene que rendir cuentas y mantener informado a quien lo instruye de los actos que realiza o debe realizar respecto de la cosa ajena.

El fiduciario tiene a su cargo una serie de deberes tendientes al mejor desarrollo de su cometido y cuyo incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, pueden acarrearle una serie de consecuencias, entre ellas, la posibilidad de ser removido judicialmente (art. 1678-a CCC) y su responsabilidad por los daños y perjuicios.

Las obligaciones a su cargo surgirán del contrato que suscriba con el fiduciante (contenido obligatorio del contrato según el art. 1667-f CCC) o serán impuestas por la ley, normas algunas de orden público.

El fiduciario está obligado a cumplir la finalidad del fideicomiso según el acto constitutivo (ej.: una obra cultural, científica, educativa, de garantía, o bien la entrega de frutos al beneficiario —LISOPRAWSKI-KIPER—), lo cual dependerá también del tipo de fideicomiso en cuestión (financiera, de garantía, etc.) y de la clase de bienes fideicomitidos (inmuebles, acciones, etc.). En definitiva, su cometido principal es el de obtener beneficios para otros en cuyo interés actúa; la finalidad del fideicomiso resultará sustancial para determinar el adecuado cumplimiento de esta obligación.

Si bien de conformidad con el principio de lealtad el fiduciario no podría actuar en beneficio propio, lo cierto es que el art. 1673 CCC, última parte, lo permite, aunque le ordena evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes. Lo importante es que el acto sea equitativo, que el fiduciario no se aproveche de su posición y que cuente con la conformidad de los interesados para realizar determinados comportamientos (LISOPRAWSKI-KIPER).

La obligación de administrar que tiene el fiduciario consiste en el manejo de los bienes según su naturaleza, con los cuidados y precauciones especiales que puedan exigir, buscando obtener, al mismo tiempo, las condiciones más seguras y mejores de inversión. Por ejemplo, realizar obras y reparaciones indispensables para conservar los bienes en buen estado, realizar mejoras que permitan una mejor explotación de los bienes, contratar los seguros para cubrir los riesgos de las cosas en su poder, pagar los impuestos, expensas comunes, enajenarlos cuando no sean aptos para el destino buscado y reemplazarlos por otros (LISOPRAWSKI-KIPER). Asimismo, el fiduciario debe procurar que los bienes produzcan frutos (ej.: dar en arrendamiento, explotación directa de un fondo de comercio, inversión en operaciones financieras tratando de equilibrar seguridad con rentabilidad). Por último, debe adoptar los cuidados necesarios para impedir daños sobre el patrimonio de confianza.

Para el supuesto de fiduciario plural rige la solidaridad: "En caso de designarse más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso" (art. 1674 CCC, segundo párrafo).

7. Obligación de rendir cuentas

La ley le impone al fiduciario rendir cuentas, a pedido del beneficiario, del fiduciante o del fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales. Debe efectuarse con una periodicidad no mayor a un año. Esta obligación no puede dispensarse por contrato (arts. 1675 y 1676 CCC).

Al respecto, cabe tener presente que la rendición de cuentas encuentra su régimen en los arts. 858 a 864 CCC del Título de las obligaciones en general. Allí, cabe subrayar lo siguiente: 1) se entiende por cuenta la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular; hay rendición de cuentas cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada, con los requisitos indicados en el art. 859; 2) debe efectuarse en la oportunidad en que estipulan las partes, o dispone la ley, al concluir cada uno de los períodos o al final de cada año calendario; 3) puede ser aprobada expresa o tácitamente; 4) la aprobación de la rendición de cuentas del último período hace presumir que existió aprobación de las anteriores.

8. Obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil

Ello, para limitar su responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de las cosas que tiene a su cuidado (conf. art. 1685 CCC que remite a los arts. 1757 y conc. cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos).

9. Obligación de transmitir la propiedad fiduciaria al cumplimiento del plazo o condición

Al finalizar el fideicomiso, el fiduciario está obligado a transmitir la propiedad de los bienes fideicomitidos, o de aquellos que lo hubieran reemplazado o aumentado, así como los frutos, a la persona que corresponda. Así lo exige el art. 1698 CCC: "Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan".

En efecto, el art. 1706 CCC establece que producida la extinción del fideicomiso el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto.

Tal obligación es congruente con la prohibición para el fiduciario de adquirir para sí los bienes objeto del contrato y con la exigencia de contenido, en cuanto el contrato de fideicomiso debe consignar el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme al art. 1672 (art. 1667-e CCC).

El destinatario final será quien resulte ser el fideicomisario, de acuerdo a las reglas analizadas en el acápite relativo a los sujetos.

En caso de cese, debe desprenderse de los bienes fideicomitidos a favor del fiduciario sustituto.

Para concretar su conducta debida, se requiere del fiduciario que lleve a cabo todos los actos necesarios para la transmisión del dominio respectivo: "Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad" (art. 1706 CCC, segunda parte).

10. Obligación de iniciar las acciones necesarias para la conservación de los bienes

Nos remitimos a lo expuesto al hablar de la facultad de iniciar dichas acciones.

11. Emitir los certificados de participación y títulos de deuda

Ello, de conformidad con lo previsto en el art. 1693 CCC que trataremos en el acápite referido al fideicomiso financiero.

12. Indelegabilidad

En virtud de la confianza depositada en él, el fiduciario no puede delegar sus funciones, lo cual no significa que deba actuar personalmente, sino que podrá valerse de mandatarios para llevar a cabo determinados actos, siempre conservando su responsabilidad; tan es así que el contrato no puede dispensar al fiduciario de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes (art. 1676 CCC) y que la muerte o incapacidad del fiduciario produce su cese y necesaria sustitución (art. 1678-b CCC).

13. Otras obligaciones

Disponer o gravar cuando lo requieran los fines del fideicomiso (facultad-deber); cumplir con las obligaciones fiscales; no efectuar publicidad que confunda; tomar la intervención necesaria en el concurso o quiebra de deudores del fideicomiso; etc. Además de las que puedan pactarse especialmente en el contrato.

6.2.2. Fiduciante

1. Obligación de transmitir la propiedad fiduciaria

La obligación primordial del fiduciante es la de transmitir los bienes comprometidos al celebrar el contrato, puesto que la efectiva constitución de la propiedad de los bienes en cabeza del fiduciario hace a la esencia del fideicomiso, en función de la existencia y conformación del patrimonio separado, con todas las consecuencias que de ello se derivan para terceros.

Las demás obligaciones del fiduciante serán las que surjan del contrato.

2. Derechos

a) Accionar por incumplimiento del fiduciario; comprende el derecho a pedir la remoción judicial del fiduciario cuando este último no cumpla con sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función; o ser citado cuando lo pida judicialmente el beneficiario (conf. art. 1678-a CCC).

b) Ejercer las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, previa autorización judicial, cuando el fiduciario no lo haga sin motivo suficiente (conf. art. 1689 CCC).

c) Provocar la extinción del fideicomiso, si se ha reservado la facultad de revocarlo (ver art. 1697-b CCC).

d) Exigir la rendición de cuentas por parte del fiduciario.

e) Exigir la transmisión de los bienes al fideicomisario.

f) Solicitar la designación del fiduciario sustituto, en los supuestos previstos en el art. 1679 CCC.

g) Los demás establecidos en el contrato.

6.3. Situación jurídica del beneficiario y del fideicomisario

Aceptada su calidad de tales, el beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe (art. 1681 CCC, último párrafo).

6.4. Efectos frente a terceros

1. Inscripción registral. Oponibilidad

El contrato de fideicomiso y el carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos (arts. 1669 y 1683 CCC). Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario, tanto de los bienes fideicomitidos como de sus frutos y productos, de los bienes adquiridos en su consecuencia o por subrogación real (art. 1684).

En consecuencia, si son bienes registrables (muebles o inmuebles), los efectos comienzan desde que se inscribió el instrumento en el registro correspondiente; si se trata de créditos, desde que sea notificado el deudor; si se trata de títulos valores nominativos o a la orden, desde el momento en que se cumplan los requisitos de transmisión correspondientes a su naturaleza; si son bienes muebles no registrables, bastará la tradición (LORENZETTI).

2. Acreedores. Patrimonio fiduciario

De conformidad con lo establecido en el art. 1686 CCC, salvo fraude o ineficacia concursal:

a) Los acreedores del fiduciante no pueden agredir el patrimonio fiduciario (pues los bienes fideicomitidos salieron de su patrimonio para constituir uno separado en cabeza del fiduciario), pero tienen acción por fraude;

b) Los acreedores del fiduciario tampoco pueden afectar los bienes fideicomitidos, pues se trata de un patrimonio separado del de su deudor;

c) Los acreedores del beneficiario, no tienen poder de agresión contra los bienes fideicomitidos, aunque sí pueden actuar sobre los frutos a que tiene derecho su deudor, mientras se encuentre pendiente de cumplimiento el plazo o la condición que pone fin al fideicomiso, y por vía subrogatoria;

d) Los acreedores del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la entrega de los bienes correspondientes, una vez finalizado el fideicomiso;

e) Los acreedores por deudas contraídas por el fiduciario en la ejecución del fideicomiso, sólo pueden cobrarse del patrimonio fiduciario, pues en principio el fiduciario no responde con su patrimonio.

3. Responsabilidad por daños

En lo que concierne a la responsabilidad en que pudiese incurrir el fiduciario en ejercicio de su función, especialmente frente al beneficiario y fideicomisario (terceros con interés legítimo), quienes tienen derecho a exigir el cumplimiento de las prestaciones a las que el fiduciario se encuentra obligado y, eventualmente a reclamarle los daños sufridos por incumplimiento de las obligaciones emergentes del fideicomiso (contractuales o legales), resultan de aplicación los principios generales de la responsabilidad civil.

Especialmente, deberá evaluarse su responsabilidad de acuerdo a la pauta de actuación impuesta por el art. 1674 CCC, es decir, la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios y la confianza depositada en él. Si el fiduciario es profesional, deberá tenerse en cuenta la norma del art. 1725 CCC. En caso de fiduciario plural, la responsabilidad será solidaria.

Por su parte, el fiduciario es responsable de los daños ocasionados por las cosas objeto del fideicomiso, en la siguiente medida: "Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un

seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos del art. 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos" (art. 1685 CCC).

7. EXTINCIÓN

7.1. Causas de la extinción

El art. 1697 CCC nos brinda una enumeración meramente enunciativa de las causales por cuales se extingue el fideicomiso:

"a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal;

b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esta facultad; la revocación no tiene efecto retroactivo; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda;

c) cualquier otra causal prevista en el contrato".

7.2. Efectos de la extinción

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario debe entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgar los instrumentos y contribuir a las inscripciones registrales que correspondan (art. 1698 CCC).

En principio, la extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario (art. 1705 CCC), por lo cual son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario.

En cuanto al período que transcurre desde que ocurre la causal de extinción hasta que se produce la efectiva transmisión de la propiedad al fideicomisario, mientras los bienes permanezcan en poder del fiduciario continuará el patrimonio separado con respecto a los acreedores generados en ejercicio del fideicomiso, sin perjuicio del derecho de los acreedores de los beneficiarios o fideicomisarios para que los bienes ingresen al patrimonio de sus deudores.

En efecto, "el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad" (art. 1706 CCC)

La extinción, por excepción, tiene efecto retroactivo cuando concurren los siguientes extremos: a) los actos realizados por el fiduciario no se ajustan a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales; y b) el tercer adquirente carece de buena fe y título oneroso (art. 1705 CCC, última parte). En cuanto a sus efectos, si la extinción opera retroactivamente el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados (art. 1707 CCC, última parte).

7.3. Insuficiencia del patrimonio. Liquidación

La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no da lugar a la declaración de su quiebra (art. 1687 CCC), puesto que no se trata de un sujeto.

El primer modo de hacer frente a esa situación es la solución por vía contractual, es decir, la asunción del compromiso de hacerse cargo de las obligaciones del fideicomiso por parte del fiduciante o del beneficiario. Adviértase que dicha cláusula expresa incorporada al contrato de fideicomiso importará una suerte de garantía personal que podría prestar cualquier tercero, a efectos de evitar la liquidación.

En su defecto, la norma establece la liquidación judicial y la aplicación de las normas de procedimiento que el juez fije sobre la base de las normas previstas en la ley de concursos y quiebras N° 24.522, marco normativo que podrá adaptar a las circunstancias del caso concreto y que resulten compatibles con la índole del negocio de que se trate.

8. FIDEICOMISO DE GARANTÍA

8.1. Concepto

Según CARREGAL, los fideicomisos de garantía son aquellos en los cuales el fiduciante transfiere al fiduciario la propiedad fiduciaria de un bien o de un conjunto de ellos (muebles, inmuebles, créditos, etc.) con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del fiduciante que se pretende garantizar, proceda el fiduciario a la venta del bien y entregue el producto obtenido, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así, total o parcialmente, la deuda impaga.

Por su parte, LISOPRAWSKI-KIPER caracterizan esta especie como aquella mediante la cual un deudor actual o potencial transfiere fiduciariamente uno o más bienes un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad, administrarla —por sí, por un tercero o por el propio deudor— designando como beneficiario al acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue, como garante, con los acreedores que indique el fideicomitente, a destinar los bienes o su producido a atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas, sean ellas anteriores, concomitantes o futuras, respecto del fideicomiso de garantía.

A esta altura, cabe advertir que normalmente la finalidad de garantía va acompañada de otras funciones del fiduciario, como la de administración o conservación de los bienes fideicomitidos, sin descartarse tampoco otras actividades como la inversión. Por ello, las nociones precedentes no pueden agotar las múltiples "versiones" que en estructura y contenido puede presentar el fideicomiso de garantía, en atención a la

variedad de combinaciones posibles con otras no excluyentes en el mismo negocio. Pues, impera en materia fiduciaria la libertad contractual (art. 958 CCC).

8.2. Régimen legal

En cuanto a su regulación, el fideicomiso de garantía no deja de ser una especie dentro del género contrato de fideicomiso, por lo que cabe remitirse a las pautas estudiadas en este capítulo para el fideicomiso ordinario.

Luego, corresponde señalar sus reglas particulares contenidas en el art. 1680 CCC:

1) El fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados.

2) Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.

9. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Existirá fideicomiso testamentario cuando una persona (causante-fiduciante) transmita por testamento la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (sucesor-fiduciario) con el cargo de ejercerla en beneficio de quien designa en el testamento (beneficiario) y de transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al mismo beneficiario o a otra persona.

Esta especie de constitución de la propiedad fiduciaria, por tratarse de un acto de última voluntad, deben tenerse en cuenta las normas especiales que indica el art. 1699 CCC: 1) debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667; 2) se aplican los artículos 2448 y 2493 y las normas del Capítulo referido al contrato de fideicomiso; 3) las referidas al contrato de fideicomiso deben entenderse relativas al testamento; 4) en caso de que el fiduciario designado no acepte su designación se aplica lo dispuesto en el 1679; 5) el plazo máximo previsto en el artículo 1668 se computa a partir de la muerte del fiduciante.

Finalmente, encontramos la norma que establece la ilicitud del fideicomiso constituido para eludir las normas de orden público, especialmente cuando se persigue desconocer la porción legítima de los herederos: "Es nulo el fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura" (art. 1700 CCC).

10. FIDEICOMISO FINANCIERO

10.1. Nociones generales

Con el objeto de crear un instrumento del mercado de capitales que permita el crédito a largo plazo, necesario para la financiación de proyectos, se da tipicidad y se regula el fideicomiso financiero, como especie de fideicomiso.

Esta figura se inserta en la noción de "securitización" o "titularización" de los derechos de crédito, a través del cual los bancos y otras entidades financieras podrán vender o financiar activos transformándolos en instrumentos del mercado de capitales con mayor liquidez y menor riesgo, siempre respetando los principios de seguridad jurídica y defensa de la fe pública (HERRERO PONS).

El proceso de titularización facilita la movilización de activos financieros, permitiendo una reducción del costo de la financiación disponible en el mercado en beneficio de la actividad productiva.

El fiduciario administra por sí o mediante terceros administradores los bienes fideicomitidos que respaldan el repago de títulos de deuda o la distribución de las participaciones a que dan derecho los certificados de esa especie.

El riesgo de inversión está centrado en las posibilidades de repago de los títulos de deuda según los activos que resguardan el flujo de fondos.

Esta modalidad de fideicomiso se caracteriza por la calidad especial del fiduciario, dado que la ley exige que se trate de una persona jurídica dotada de ciertos atributos de especialización y previa autorización y por la necesidad de que los beneficiarios sean los titulares de ciertos títulos cuyos derechos estén respaldados en los bienes fideicomitidos: certificados de participación en el dominio fiduciario y certificados representativos de la deuda garantida por los bienes fideicomitidos.

Tradicionalmente se clasifican las especies o modalidades que puede asumir el contrato de fideicomiso, en general, en tres grandes grupos o combinaciones de cada uno de ellos entre sí: fideicomisos de inversión, de garantía y de administración. Si bien el fideicomiso financiero podría cumplir cualquiera de esos servicios o la combinación de ellos, tal como está regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la reglamentación, tiene fundamentalmente como destino las funciones de vehículo de titulación de activos (LISOPRAWSKI-KIPER).

10.2. Concepto y características esenciales. Securitización

El fideicomiso financiero, según el art. 1690 CCC, es el contrato "en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos".

Como puede verse, la regulación de este sub-tipo permite contar con un marco legal adecuado para la emisión de títulos valores, en particular dirigido a la titularización de activos financieros. Siendo destinados a la oferta pública, la CNV (Comisión Nacional de Valores) es la autoridad de aplicación que reglamenta dicha actividad.

El art. 1 RG 271 de la CNV establece que habrá contrato de fideicomiso financiero cuando una o más personas (fideicomitente o fiduciante) transmitan la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra

(fiduciario) quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de los certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de títulos valores representativos de deuda, garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirlos al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el mismo.

Por lo demás, se encuentra sujeto al régimen básico del fideicomiso en lo que respecta a la legitimación, capacidad, dominio y propiedad fiduciaria, fideicomiso en tanto contrato, patrimonio separado e intangibilidad de los bienes fideicomitidos, partes del contrato, derechos y obligaciones, responsabilidad del fiduciario, transmisión de bienes, etc.

Las notas características del fideicomiso financiero, de acuerdo a las citadas definiciones y a lo normado por el art. 1691 CCC, son:

- a) El fiduciario es una entidad financiera o sociedad autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero;
- b) Los beneficiarios son los titulares de certificados de participación y títulos valores de deuda;
- c) Los certificados de participación y títulos representativos de deuda podrán ser objeto de oferta pública, aunque también es válida la colocación privada;

10.3. Requisitos del contrato

El instrumento por el cual se constituye el fideicomiso financiero debe cumplir con las exigencias de contenido de cualquier fideicomiso que surgen del art. 1667 CCC.

Además, según exige el art. 1692 CCC y de la reglamentación existente (RG 271/95 CNV y sus modificatorias) deberá constar:

- a) Los términos y condiciones de emisión de los títulos valores;
- b) Las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios contemplando las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado;
- c) La denominación o identificación particular del fideicomiso financiero. Los que se constituyan para la oferta pública en el ámbito de la CNV deberán utilizar la denominación "fideicomiso financiero", a la cual deben agregar la designación que permita individualizarlos;
- d) La obligación del fiduciario de rendir cuentas a los beneficiarios y el procedimiento a tal efecto de acuerdo al régimen informativo establecido por la CNV, si correspondiere.

El régimen informativo consiste fundamentalmente en elaborar un prospecto de emisión (ver *infra*), tener calificación del riesgo por entidades autorizadas a tal fin, y en el deber de presentar trimestralmente, por cada fideicomiso, un estado de situación patrimonial junto a un "Estado de Cambios en la Situación Patrimonial" por el período correspondiente, lo que refleja la necesaria separación del patrimonio fideicomitado respecto del perteneciente al fiduciario.

10.4. Fiduciarios financieros

Podrán actuar como fiduciarios financieros:

a) Las entidades financieras autorizadas a actuar como tales por la [ley 21.526](#) (bancos comerciales, de inversión y compañías financieras);

b) Las entidades especialmente autorizadas por la CNV, es decir, inscriptas en el Registro de Fiduciarios Financieros, para lo cual deben cumplir, básicamente, los siguientes requisitos:

- ser una sociedad anónima;
- las sociedades extranjeras deben satisfacer recaudos especiales (como el establecimiento de una sucursal, asiento u otra especie de representación en el país);
- prever en su objeto la actuación como fiduciario
- tener el patrimonio mínimo que indique la reglamentación
- contar con una organización administrativa adecuada para prestar el servicio ofrecido (puede contratarse con terceros especializados la prestación de los servicios de administración).

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos mencionados durante la vigencia de la inscripción, motivará que la CNV pueda disponer la caducidad de la autorización para actuar como fiduciario financiero.

c) La reglamentación contempla a las sociedades emisoras de obligaciones negociables autorizadas a la oferta pública y garantizadas con los bienes propios de aquélla afectados en fideicomiso, les permite constituir el fideicomiso por acto unilateral y establece que no necesitan inscribirse en el Registro de Fiduciarios Financieros.

10.5. Certificados de participación y títulos representativos de deuda

Su régimen, conforme lo establecen los arts. 1693 y 1694 CCC, es el siguiente:

a) Son títulos valores

Dicha calificación remite al régimen previsto en los arts. 1815 a 1881 CCC. y determina su encuadre impositivo.

Además habilita su circulación autónoma, esto es, que el adquirente de buena fe adquiere el título como si fuese el primer suscriptor del título.

b) Están garantizados con los bienes fideicomitidos;

Así surge de la definición legal y responde al proceso de securitización explicado.

c) Pueden ser emitidos por el fiduciario y, en el caso de los títulos de deuda, también por terceros;

Cuando los cupones de deuda fueren emitidos por el fiduciario, los bienes de éste no responderán por las obligaciones contraídas, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, salvo que se incorporen otras garantías.

Cuando fueren emitidos por el fiduciante o por un tercero, las obligaciones contraídas podrán ser satisfechas según lo establecido en las condiciones y términos de emisión e informado en el prospecto respectivo: 1) con la garantía especial constituida con los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de que el emisor se obligue a responder con su patrimonio; 2) con los bienes fideicomitidos exclusivamente.

d) Pueden ser al portador o nominativos

Ello se encuentra afectado por la actual ley de nominatividad de los títulos valores que restringe la emisión de títulos al portador.

d) Endosables o no

Se refiere a las reglas de transmisibilidad.

e) Cartulares o escriturales

En las condiciones de emisión puede preverse que los derechos no se representen en títulos (cartulares) sino que se desmaterialicen (escriturales): en tal caso, deben inscribirse en cuentas llevadas a nombre de sus titulares en un registro de títulos escriturales por la emisora, bancos comerciales o de inversión, o cajas de valores.

f) Pueden emitirse certificados globales de participación para su inscripción en regímenes de depósito colectivo, a cuyos fines los títulos se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

De esa forma se potencia la versatilidad de la negociación de los títulos por medio de un sistema más simplificado y veloz de transferencia de títulos mediante asientos en la Caja de Valores (LISOPRAWSKI).

g) Pueden emitirse diversas clases de certificados con derechos diferentes pero iguales dentro de cada clase

h) Pueden emitirse títulos valores atípicos, en los términos del art. 1820 CCC

Dicho régimen pretende dotar a las estructuras de financiamiento resultantes de procesos de securitización, de un menú de títulos capaces de producir distintos márgenes de rentabilidad en función de su riesgo, por ejemplo, la posibilidad de subordinación de deuda en el régimen de privilegios o emisión de "títulos subordinados" (donde se conviene la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor), la constitución de un fondo de garantía con el excedente de flujo de caja resultante del diferente rendimiento de los activos securitizados, la tasa de interés pagada a los inversores, etc.

i) Pueden ser objeto de oferta pública. No obstante, es válida la colocación privada.

La oferta pública de títulos valores está regulada por la ley 17.811 y normas complementarias, a las cuales remitimos.

j) Deben tener dos calificaciones independientes de riesgo conforme al régimen de calificación de riesgo previsto en la reglamentación de la oferta pública.

k) Deben ser emitidos sobre la base de un "prospecto" (documento básico mediante el cual se libera la oferta pública una vez aprobado por la CNV y debe ser publicado en el ámbito donde vayan a cotizar), en el cual constarán las condiciones de emisión y contendrá las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso a que pertenecen, con somera descripción de los derechos que confieren.

El tenedor de un certificado de participación fiduciario tiene derecho a los resultados derivados de la operatoria del fideicomiso. Podrán dar derecho al producido de la venta de ciertos bienes (operada su transformación para tal fin mediante los fondos obtenidos de sus suscriptores), u otro tipo de rendimientos, según la naturaleza del proyecto para el cual se emiten. Implican para su tenedor la toma del riesgo del proyecto que financian los fondos entregados en contrapartida (JULIÁN A. MARTÍN).

Resulta esencial aclarar que los certificados fiduciarios en ningún supuesto atribuyen un derecho de condominio sobre los bienes y rentas del fideicomiso, sino derechos personales o creditorios para exigir una cuota de condominio o su valor. La relación con la cosa o el bien es indirecta.

Los derechos del titular del certificado están documentados, de modo tal que puedan, entre otras cosas, transmitirse por simple endoso, atento su carácter circulatorio.

Los fiduciarios de esta especie no sólo emiten títulos que representan una participación o alícuota en la propiedad fiduciaria, sino que también pueden, mediante la emisión de títulos de deuda (ej.: obligaciones negociables: ver [ley 23.576](#) modificada por [ley 23.962](#)), comprometer el patrimonio fiduciario. Más aún, la ley prevé la emisión de otra especie más de títulos de deuda vinculados a fideicomisos financieros de garantía: títulos representativos de deuda emitidos por terceros, garantizados con bienes fideicomitados. En tal caso, el fiduciario se limitaría a actuar como titular fiduciario de los bienes que sirven de garantía a la emisión de deuda de un tercero.

10.6. Proceso de securitización. Sujetos intervinientes

El proceso mediante el cual se produce la titularización requiere de varios pasos y estructuras jurídicas (LORENZETTI): 1) un contrato originario, primario o base, que origine un crédito (ej.: compraventa con saldo de precio; mutuo garantizado con hipoteca). Es el presupuesto para que exista titularización para acceder al "mercado secundario"; 2) un contrato secundario (derivado del anterior) por el cual la entidad financiera, como acreedora o cesionaria de un crédito cierto ilíquido en el contrato primario, celebra un contrato con un tercero, que puede presentar múltiples variantes (ej.: puede ceder la masa de créditos a un banco mayorista o a una sociedad de fondos comunes de inversión: ver [ley 24.083](#)), por el cual los créditos originarios pasan a integrar la propiedad fiduciaria sobre la que se emiten los títulos valores; 3) contrato con los inversores, en el cual se determinan los derechos de los titulares de los títulos valores. Así queda "desmaterializado" el crédito originario.

En principio, las partes del fenómeno de aislamiento de activos son:

a) *Originante*: es la entidad que posee los créditos que se van a securitizar, los cuales deben ser homogéneos en cuanto a tasa, vencimientos, riesgo y plazo de las operaciones. El originante selecciona esos créditos y generalmente conserva su administración, a cambio de una retribución por su gestión.

b) *Vehículo/emisor*: es la figura jurídica a la cual el originante le transfiere la cartera a securitizar, para que éste la distribuya (vía titularización), por sí o a través de un "underwriter" (ver punto h). Puede ser una sociedad de objeto especial, un fondo de inversión o cerrado de crédito o una entidad financiera. El vehículo recibe los activos a titularizar y emite los títulos o certificados respaldados por dichos activos, tales como los certificados de participación en los beneficios que producen los activos titularizados, semejantes a dividendos. Habitualmente, es quien se ocupa de la colocación de títulos valores en los distintos sectores del mercado. Es intermediario entre el originador y los inversores.

c) *Inversor*: puede ser individual o institucional; es quien adquiere los títulos valores emitidos por el vehículo.

Adicionalmente, pueden participar en el proceso de securitización los siguientes:

d) *Administrador financiero*: es el que administra la cartera de créditos; puede ser el originante (quien pese a transferir la titularidad de su cartera continúa administrándola) o un tercero diferente del originante; en ambos casos el administrador percibe una comisión por su labor.

e) *Depositario*: este rol generalmente coincide con el originante, especialmente cuando se trata de una entidad financiera, pero también puede ser un tercero, quien percibirá una comisión por su gestión.

f) *Calificadora de riesgo*: es una sociedad ajena a las partes, creada a ese fin. Es quien, analiza y evalúa el riesgo de cada una de las carteras y, finalmente, lo califica. Tiene en consideración, entre otros aspectos, la instrumentación de los créditos, las características de los deudores, los plazos de pago. Todo ello incide luego en el precio de la colocación de los títulos —sea por oferta pública o en forma privada— y en la onerosidad y modalidad de la garantía.

g) *Garante*: cubre el riesgo de cumplimiento del cobro de los activos securitizados (prendas, hipotecas, cupones, etc.). Generalmente, quien desempeña este rol es una compañía de seguros o una entidad financiera. Su razón de ser es otorgar garantías adicionales a las del activo para mejorar la calificación de riesgo (*credit inancement*).

h) *Tomador/Colocador*: es una entidad financiera, un banco de inversión o un agente bursátil que se vincula con el emisor mediante un contrato de "underwriting" para la colocación de los títulos valores por oferta pública o en forma privada. Su función es relevante en el diseño de los títulos para que satisfagan las necesidades de los inversores en cuanto a plazos, tasas de interés, riesgo, etc.

El contrato de "underwriting" presenta distintas modalidades según las obligaciones que genera: 1) "underwriting en firme": el colocador o "underwriter" adquiere los títulos y los coloca entre los inversores; implica la reventa de los títulos que no se quedó el colocador para sí; 2) "underwriting a la espera": el colocador suscribe para sí los títulos que no pudo colocar entre los inversores luego de un plazo determinado; 3) "underwriting a mejores esfuerzos": el colocador se obliga a actuar con la mayor diligencia para lograr los resultados buscados por el emisor; no se garantiza la colocación.

10.7. Asambleas de tenedores de títulos. Regulación supletoria

A modo de regulación supletoria de la voluntad de las partes y del organismo de contralor, el art. 1695 CCC dispone para los fideicomisos financieros de oferta pública que las decisiones colectivas de los beneficiarios del fideicomiso financiero se deben adoptar por asamblea, a la que se aplican:

a) Régimen general: las reglas de convocatoria, quórum, funcionamiento y mayorías de las sociedades anónimas;

b) Para el supuesto especial de insuficiencia del patrimonio fideicomitado o reestructuración de sus pagos a los beneficiarios, las reglas de las asambleas extraordinarias de sociedades anónimas, pero se exige una mayoría mínima para adoptar una decisión válida: tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación.

Por su parte, el art. 1696 CCC define las reglas relativas al quórum y mayorías para el supuesto de que en un mismo fideicomiso financiero coexistan títulos representativos de deuda y certificados de participación:

a) El cómputo del quórum y las mayorías se debe hacer sobre el valor nominal conjunto de los títulos valores en circulación.

b) Salvo disposición contractual en contrario, toda decisión vinculada con la insuficiencia del patrimonio fideicomitado o la reestructuración de pagos a los beneficiarios requiere, para su validez, el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos representativos de deuda emitidos y en circulación, excluidos los títulos representativos de deuda subordinados.

Bibliografía general

- ABELENDA, CÉSAR AUGUSTO, *Teoría General de los Contratos*, Ed. Nueva Etapa, Corrientes, 1984.
- ACOSTA, MIGUEL A., "Aspectos de la cuenta corriente mercantil", La Ley, 1998-C, 711.
- ALBANO, CARLOS A., "Contratos conexos" en *Código Civil Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por RIVERA - MEDINA, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2014.
- ALFERILLO, PASCUAL E., "La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor", LaLey, 2/07/09.
- ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, "Formas modernas de la contratación", La Ley, 1980-D.
- ALTERINI, ATILIO A., *Contratos. Civiles. Comerciales. De Consumo. Teoría General*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009.
- ÁLVAREZ, GEORGINA I., "Una lectura de la conexidad desde la dinámica jurídica", ED t. 185.
- ANAYA, JAIME L., "La autonomía privada en los contratos de colaboración empresarial" en ED, 123-383/385.
- APARICIO, JUAN M., *Contratos*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit Civil Français d'Après la Méthode de Zachariae*, Marchal, Billard et Cía., París, 1871.
- BARBERO, DOMÉNICO, *Sistema de derecho privado*, t. IV, Ejea, Buenos Aires, 1967.
- BARBIERI, PABLO C., *Contratos de empresa*, 1ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1998.
- BARREIRA DELFINO, EDUARDO, *Empresa. La contratación*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000.
- BATÁN, ADRIANA, "El Contrato de Suministro en el Derecho Privado", La Ley, 1994-C.
- BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Comares, 2001.
- BIELSA, RAFAEL, *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1966.
- BOLESO, HÉCTOR H., "Algo más acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de colaboración empresarial", en La Ley, 1987-A, 1064.
- BORDA, ALEJANDRO, "La renegociación de los contratos (a la luz de las XIX Jornadas Argentinas de Derecho Civil)" en Edición Homenaje. Dr. Benjamín Pablo Piñón, UNL - FCJS, Santa Fe, 2004.
- BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Contratos*, LexisNexis. AbeledoPerrot, Buenos Aires, Argentina. 2004.
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, T. II, 5ª ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BORDA, GUILLERMO, "Efectos de las medidas económicas en materia contractual" en CARLOS J. COLOMBO, *Pesificación II*, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2002.
- BREBBIA, ROBERTO H. en *Código Civil normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido y coordinado por BUERES - HIGHTON, Hammurabi, T. 2B, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- BUERES, ALBERTO, J., *Objeto del negocio jurídico*, Cap. II, "Generalidades sobre el significado de objeto", Buenos Aires, Hammurabi, 1998.
- BUSTAMANTE, JORGE E., "El 'fin de lucro' en las agrupaciones de colaboración empresarial", en La Ley, 1985-A, 963.
- CAPITANT, H., *Vocabulaire Juridique*, citado en VIDELA ESCALADA, FEDERICO N., *La interpretación de los contratos civiles*, AbeledoPerrot, Buenos Aires.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los consorcios o uniones transitorias de empresas en la contratación administrativa", en ED, 106-787.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Sobre la sustantividad del contrato administrativo y su recepción a través de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema", en *Contratos - Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1997.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. II, LexisNexis, Buenos Aires, 8ª ed. actualizada, 2006.

CENTANARO, ESTEBAN - AMURA, INÉS G. - CÉSARI, FERNANDO J. V. - DRESNER, GERALDINE - DEBRABANDERE, CARLOS MARTÍN - RIVA, JUAN A. - RODRÍGUEZ JUAN PABLO, "La integración contractual", ponencia presentada en el marco de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, Agosto de 2009.

CENTANARO, ESTEBAN - DEBRABANDERE, CARLOS MARTÍN, "Contratos de viaje y derecho de consumo: su conformación y ejecución", La Ley, diario del miércoles 29 de diciembre de 2010.

CENTANARO, ESTEBAN - DEBRABANDERE, CARLOS MARTÍN, "Ventas domiciliarias en la relación de consumo. Rescisión unilateral en los contratos de ejecución instantánea", diario LaLey, 13/07/2012.

CENTANARO, ESTEBAN, *Contratos - Parte especial*, Tomo I. Compra y venta - Estimatorio - Suministro - Permuta - Cesión, Educa, Buenos Aires, 2010.

CENTANARO, ESTEBAN, *Contratos. Parte general*, Educa, Buenos Aires, 2008.

CENTANARO, ESTEBAN, *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1996.

CENTANARO, ESTEBAN, *Que es el comodato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

CENTANARO, ESTEBAN, *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Ed. Belgrano, Buenos Aires 1996.

CENTANARO, IVANA C. - SURIN, JORGE A., *Leyes de defensa del consumidor y usuario comentadas y anotadas*, Lajouane, Buenos Aires, 2009.

CHAYER, HÉCTOR MARIO, GOLDFELD, AGUSTÍN GUIDO y VENTURA, DAMIÁN ESTEBAN, "Una nueva categoría de instrumento jurídico: El documento digital firmado digitalmente", ED, 198-946.

CHULIÁ VICENT, EDUARDO - BELTRAN ALANDETE, TERESA, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos II*, t. 3, 1ª ed., Bosch, Barcelona 1995-1998.

CIFUENTES, SANTOS (dir.) - SAGARNA, FERNANDO (coord.), *Código Civil. Comentado y anotado*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2003.

CIFUENTES, SANTOS, "Reacciones del poder judicial ante la emergencia económica y las obligaciones de dar sumas de dinero", en FÉLIX TRIGO REPESAS, *Contrato y emergencia económica*, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2002.

COBAS, MANUEL OSVALDO, "Forma en materia de contratos", en VIDELA ESCALADA, FEDERICO N., *Contratos*, Zavallía, Buenos Aires, 1973.

COLIN, A. y CAPITANT H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, Reus, Madrid 1925, Tomo IV.

COLIN, A. - CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, Reus, Madrid, 1927.

COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública. Nociones, principios y cuestiones*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000.

COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas", La Ley, 1990-D, 327

CORRADO, RENATO, *La somministrazione*, Torino, 1952, en DE MARINO, D. RUBÉN, "Análisis del Concepto del Suministro", Revista de Derecho Mercantil, Vol. XXXIII, Nº 83, Madrid-España, Enero-Marzo 1962.

COTTINO, GASTOTE, "Del Ripoto, Della Permuta", en *Comentario del Código Civile*, Bologna - Roma, 1966.

COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958.

CREO BAY, HORACIO D., "Los consorcios mixtos en la contratación administrativa: uniones transitorias de empresas públicas y privadas", en La Ley, 1988-E, 1146.

- CUIÑAS RODRÍGUEZ, MANUEL, "Responsabilidad precontractual: en la doctrina, la jurisprudencia y proyectos de reforma", La Ley, 1995-C.
- CUTURI, TORCUATO, *Della vendita, dell'cessione e della permuta*, Napoli, 1901.
- DABIN, J., "La teoría de la causa", Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DANZ, E., "La interpretación de los negocios jurídicos", Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed.
- DE GÁSPERI, LUIS y MORELLO, AUGUSTO M., *Tratado de Derecho Civil - De las Obligaciones (Parte Especial)*, Tea, Buenos Aires, 1964, Vol. III.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *Estudios del contrato privado*, t. I, Lima, Cultural Cuzco, 1983.
- Distribución comercial: la indemnización resarcitoria por su ruptura intempestiva, LL Litoral 2002-983.
- ESBORRAZ, DAVID F., "El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla res inter alios acta", Revista de Derecho Privado, Edición Especial, 2012.
- ESPER, MARIANO, *Manual de Contratos Civiles y Comerciales*, Parte especial, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO, *Boleto de compraventa*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- ETCHEVERRY, R. A., *Manual de derecho comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1977.
- ETCHEVERRY, RAÚL A., "'Contratos asociativos' y la nueva legislación civil y comercial", en La Ley, 2012-B, p. 645.
- ETCHEVERRY, RAÚL A., *Derecho Comercial y Económico. Contratos Parte Especial*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, *Derecho comercial y económico. Contratos Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos, Modalidades de contratación empresarial*, t. 3ª, ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2005.
- FARINA JUAN M., *Contratos comerciales modernos, Modalidades de contratación empresarial*, t. II, 2ª ed. act. y amp., 1ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- FARINA, JUAN M., *Contratos Comerciales Modernos*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2005.
- FARINA, JUAN M., *Suministro en Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 1997.
- FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y del usuario: comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94*, Astrea, Buenos Aires, 3ª ed., 2004.
- FARINA, JUAN MARIO, *Defensa del consumidor y usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. 2, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2001, comentario al art. 512.
- FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L. y GÓMEZ, LEO OSVALDO R., *Cuenta Corriente Mercantil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- FERREYRA, EDGARD A., "Formación de los contratos", La Ley, 1975-A, Sección Doctrina.
- FISSORE, DIEGO, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho Comercial Argentino - 2: Doctrina General de los Contratos Comerciales*, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1993.
- FRANCO, H. A., *Bolsa de comercio y mercado de valores*, Buenos Aires, 1975.
- FRUSTRAGLI, SANDRA A., "Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino)", JA, 1999-III.

- GALLARATI, AGUSTINA, "Consortios de cooperación: otro modelo de agrupación empresarial" en Adla, LXVI-C, p. 3555.
- GALLI, E., *El problema de la causa y el Código Civil Argentino*, La Plata, 1935.
- GAMARRA, JORGE, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XV, FCU, Montevideo, 1987.
- GARANTA, CARLOS A. - MANIN, MARÍA S., "Sobre los orígenes de la doctrina de la frustración del fin del contrato: Comentario al fallo 'Krell v. Henry'" en Lecciones y Ensayos, Nº 90, 2012.
- GARO, FRANCISCO J., *Derecho Comercial - Compraventas*, Volumen I: Compraventas Terrestres, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- GARRIDO, R. - ZAGO, J., *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, t. I, Universidad, Buenos Aires, 1998.
- GARRIDO, ROQUE FORTUNATO y ZAGO, JORGE ALBERTO, *Contratos Civiles y Comerciales, Parte especial*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995.
- GARRONE, JOSÉ A. - CASTRO SANMARTINO, MARIO, *Manual de derecho comercial*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1996.
- GARRONE, JOSÉ ALBERTO, *Derecho Comercial*, T. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.
- GASTALDI, JOSÉ M. - CENTANARO, ESTEBAN, *Contratos aleatorios y reales*, Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA - CENTANARO, ESTEBAN - COLLA, GUILLERMO A. M. - MIGUEL, JORGE, "Interpretación de los contratos conexos", ponencia presentada en el marco de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, Septiembre de 1999.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA - CENTANARO, ESTEBAN - COLLA, GUILLERMO A. M. - MIGUEL, JORGE, "Los contratos conexos: su concepto y su relación con la autonomía de la voluntad", en el marco de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, Septiembre de 1999.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA - CENTANARO, ESTEBAN - PRINCIPE, LAURA - BARBAGALLO, MIGUEL O., con la colaboración de María Teresa García de Petrocelli, Osvaldo A. Grossman y Sabrina Ruth Propper. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la Comisión 3.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA - CENTANARO, ESTEBAN, *Contratos aleatorios y reales*, Fundación Editorial de Belgrano S.B.N., Buenos Aires, 1998.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA - MIGUEL, JORGE - CENTANARO, ESTEBAN - COLLA, GUILLERMO - NABAR, MARÍA J., "La regla de interpretación 'favor debitoris' como principio de interpretación de los contratos y como principio del ámbito propiamente obligacional", ponencia en el marco de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA, "La frustración del fin del contrato en el nuevo Código", en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 12/2014, T. 74, Nº 2.
- GASTALDI, JOSE MARIA, con la colaboración de SEBASTIAN A. SZABÓ, en "Contratos Civiles y Comerciales, Formación del Contrato (continuación): Estudio ampliatorio sobre las llamadas formas modernas de contratación", Ficha Nº 9 (primeraparte), elaborado para la Cátedra del primero de ellos en la Universidad de Belgrano, Editorial de Belgrano.
- GASTALDI, JOSE MARIA, *Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, Volumen I.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA, *El contrato de concesión privada*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA, *Introducción al estudio de los contratos comerciales, su relación con los contratos civiles*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1991.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA, *Introducción al estudio del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA, *Pacto Comisorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985.
- GASTALDI, JOSÉ MARÍA; CENTANARO, ESTEBAN; GUILLERMO A. M. COLLA; SABRINA R. PROPPER; LUCAS, GRANILLO OCAMPO y MARISA BONAFINA a la Comisión Nº 3: Contratos: "El consentimiento y los medios informáticos", en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2001.
- GHERSI, CARLOS A. - WEINGARTEN, CELIA, *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*, La Ley, Buenos Aires, 1ª ed., 2013.
- GHERSI, CARLOS A., *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial*, t. 2, Astrea, 4ª ed., 1ª reimpr., Buenos Aires, 1999, pp. 60 - 67.

- GHERSI, CARLOS A., *Responsabilidad por la negociación inmobiliaria*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1990.
- GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones*, t. III, trad. E. Dato Iradín, Madrid, Reus, 1978.
- GRANERO HORACIO R., "Nociones y aspectos legales prácticos de la firma digital", *Jurisprudencia Argentina*, 2005 - II, Número Especial: Derecho Informático, Fascículo 8, 25/05/05, Ed. LexisNexis.
- GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO, "Contratos de distribución comercial - Agencia", en LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Contratos especiales en el siglo XXI*, 1ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999.
- GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO, "Contratos de distribución. Daños y perjuicios. Costas. Responsabilidad civil", *La Ley*, 1995-B, 168.
- HERNÁNDEZ, CARLOS A. - FRUSTAGLI, SANDRA, "A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencial". *Jurisprudencia Argentina - LexisNexis*, 2003 - IV - 1541.
- HERNÁNDEZ, CARLOS A. - TRIVISONNO, JULIETA, "Cesión de derechos y sus subtipos", *La Ley*, 2013-F.
- HERNÁNDEZ, CARLOS A., "Regulación de la conexidad contractual. Incidencias sobre las relaciones de consumo", en STIGLITZ, GABRIEL - ÁLVAREZ LARRONDO, FEDERICO directores, *Derecho del consumidor. Problemática general del régimen de defensa del consumidor*, Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2013, p. 88.
- HERZ, ANDREA R., "Franchising: una forma de contratación en expansión", *JA*, 1993-IV-917.
- HIGHTON, ELENA I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad - Derechos Reales*, Vol. 4, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- HOCSMAN, HERIBERTO S., *Contratos modernos de distribución comercial*, 1ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- IHERING, RODOLFO VON, *Tres vidas ilustres. Hugo, Savigny, Ihering. Resurgimiento del derecho alemán*, introducción y traducción de Norberto Gorostiaga, Buenos Aires, Depalma, 194.
- IHERING, RUDOLF VON, "Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones anteriores" en *Estudios Jurídicos*, Buenos Aires, Heliasta, 1974.
- JOSSERAND, LOUIS, *Derecho Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1951, T. II, Vol. II.
- JOSSERAND, LOUIS, *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, t. II, vol. I, Buenos Aires, Ejea, 1950.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, MARÍA CECILIA, en *Código Civil Comercial de la Nación comentado*, directores RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Código Civil leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, dirigido por BELLUSCIO, AUGUSTO C. y coordinado por ZANNONI, EDUARDO A., Astrea, Buenos Aires, 1984.
- KEY-SUNG, CHO, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, de Belgrano, 1997.
- KIELMANOVICH, JORGE L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1982, Tomo II.
- LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de contratos*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1927.
- LARENZ, KART, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.
- LAVALLE COBO, DOLORES y LAVALLE COBO, JORGE, "Contratos de distribución: deberes de las partes durante el plazo de preaviso de rescisión", *La Ley*, 1996-B, 337.
- LAVALLE COBO, JORGE E., *Código Civil leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, dirigido por BELLUSCIO, AUGUSTO C. y coordinado por ZANNONI, EDUARDO A., Astrea, Buenos Aires, 1984.
- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., *El álea en los contratos*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2002.
- LESSONA, CARLOS, *Teoría general de la prueba en derecho civil. Prueba Escrita*, t. II, § 373, Madrid, Revista de Legislación, 1900.

LINARES BRETÓN, SAMUEL F., *Operaciones de bolsa*, Depalma, 1980.

LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1997.

LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, Perrot, Buenos Aires, 1994.

LLOBERA, HUGO O., *Contratos de concesión comercial*, 1ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Teoría de los contratos*, T. IV: Parte Especial, Zavallía, Buenos Aires, 2003.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Teoría de los contratos*, T. V: Parte Especial, Zavallía, Buenos Aires, 1995, 2003.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Teoría de los Contratos. Parte General*, Zavallía, Buenos Aires, 2000.

LÓPEZ FRÍAS, ANA, *Los contratos conexos*, Bosch Editor, Barcelona, 1994.

LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, en SALVAT, RAIMUNDO M., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Ed. Tea, Buenos Aires 1964.

LORENZETTI, RICARDO L., *Contratos. Parte especial*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

LORENZETTI, RICARDO L. (dir.) - HERNÁNDEZ, CARLOS A. (coord.), *Código Civil de la República Argentina Explicado*, t. V, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

LORENZETTI, RICARDO L. "Esquema de una teoría sistémica del contrato", La Ley, 1999-E; Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, T. II.

LORENZETTI, RICARDO L., "Contratos asociativos y 'joint venture'", en La Ley, 1992-D, 789.

LORENZETTI, RICARDO L., "Contratos modernos: ¿conceptos modernos? (Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos, finalidad supracontractual y conexidad)", La Ley, 1996-E.

LORENZETTI, RICARDO L., "Participación plural: contratos asociativos y responsabilidad civil por actuación de equipos", en La Ley, 1993-D, p. 770.

LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos*, T. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª edición ampliada y actualizada, Santa Fe, 2010.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, *La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza*, La Ley, 2000-D.

LOUSTAUNAU, EDUARDO A., "Agencia y Solidaridad", LLGran Cuyo, noviembre 2006.

LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho Civil*, t. II - 1, J.L. Lacruz, Barcelona, 1977.

MACAGNO, ARIEL A. G., "El contrato de distribución comercial, su rescisión intempestiva desde la óptica jurisprudencial", elDial DCB9.

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4ª ed. actualizada, 1993.

MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de Derecho Comercial*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2010.

MARZORATI, OSVALDO J., *Derechos de los negocios internacionales*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993.

MARZORATI, OSVALDO J., *Franchising*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

MARZORATI, OSVALDO I., *Sistemas de distribución comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franchising*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

MASNATTA, HÉCTOR, *El contrato necesario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964.

MAYO, JORGE A. en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado* (dirigido por AUGUSTO C. BELLUSCIO y coordinado por EDUARDO A. ZANNONI), Astrea, Buenos Aires, 1987.

MAZEAUD, HENRI, LEON, y JEAN, *Lecciones de derecho civil*, Ejea, Buenos Aires, 1962, Parte Tercera, Volumen III.

MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina General del Contrato*, Ejea, Buenos Aires, 1952.

MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. S. SENTÍS MELENDO, Ejea, Buenos Aires, 1952.

MORINEAU, MARTA, "Un acercamiento a Savigny", Revista Jurídica, InfoJus Publicaciones, Anuario Mexicano, Contenido Vol. XVI.

MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, Universidad, Santa Fe, 2010.

MOSSET ITURRASPE, JORGE - FALCÓN, ENRIQUE - PIEDECASAS, MIGUEL A., *La frustración del contrato y la pesificación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, "La conexidad entre contratos. Temas precursores que prepararon el camino a la conexidad" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos conexos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.

NICOLAU, NOEMI L., "Algunas cuestiones en torno a los contratos conexos, con especial referencia a la subcontratación y a las cadenas contractuales dependientes e independientes" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos conexos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

NICOLAU, NOEMI, "Las obligaciones en Derecho Privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de la emergencia pública", en Emergencia Económica, Suplemento Especial de la Revista jurídica La Ley, Atilio A. ALTERINI (dir.), abril de 2002, p. 48.

NISSEN, RICARDO A., *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, 2ª ed., 2ª reimpr., Buenos Aires, 2010, pp. 579-597.

NISSEN, RICARDO, "Consideraciones sobre la cuenta corriente mercantil", La Ley, 1985-B, 22.

ORQUERA, JUAN PABLO, *Breve reseña del contrato de suministro*, Vol. 30, RDCO, Depalma, Buenos Aires, 1997.

OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Heliasta, 2008.

OTAEGUI, JULIO C., "El consorcio de cooperación", en La Ley, 2008-C, 1286.

OTERO, ESTEBAN D., en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por RIVERA - MEDINA, T. IV, Thompson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2014.

OVSEJEVICH, LUIS, "El consentimiento: sus términos", en *Contratos*, t.I, Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico Videla Escalada, Víctor P. de Zavalia - Editor, Buenos Aires, 1971.

PAREDI, GABRIEL y MENDY, GASTÓN, "Contrato de Trueque", Trabajo Ganador de un certamen académico organizado por el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Plata, publicado en DJ, 2003-3.

PÉREZ LEO, CLAUDIO A., LUJAN CRUZ, OMAR E., *Contrato de agencia. Rescisión intempestiva. Indemnización. Colección de análisis jurisprudencial. Contratos civiles y comerciales*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.

PEYRANO, J. W., "Desplazamiento e la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo", Voces Jurídicas, Mendoza, 1-1996.

PEYRANO, JORGE W., "Sobre la prueba científica", Rev. LaLey del 3 de mayo de 2007.

PIANTONI, MARIO A., *Contratos Civiles*, Ediciones Lerner, Córdoba, 1975.

PITA, ENRIQUE M., "De los contratos aleatorios. Del juego, apuesta y suerte", en *Código Civil. Comentado*, dirigido por LORENZETTI, RICARDO L., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

PODESTA COSTA, L. A., *Derecho Internacional Público*, t. I, Buenos Aires, Tea, 1960.

POTHIER, ROBERT, *Tratado de las obligaciones*, traducido de S. M. S., Ed. Fidel Giró, Barcelona.

POTHIER, ROBERT, *Traité de la vente*, París, 1874.

PRUSKI, BÁRBARA ELIZABETH, en *Código Civil Comercial de la Nación Comentado*, directores RIVERA, JULIO CESAR - MEDINA, GRACIELA, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2014.

PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.

REZZÓNICO, JUAN CARLOS, "Concepto de condiciones negociales generales", La Ley, 1981-C, Sec. Doctrina.

REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

RICHARD, EFRAÍN H. - MUIÑO, ORLANDO M., *Derecho societario*, Astrea, 1ª ed., 3ª reimpr., Buenos Aires, 2000, pp. 761 - 810.

RICHARD, EFRAÍN H., "Consortios de cooperación (Aspectos estructurales y funcionales)" en http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/consorcios-de-cooperacion-aspectos-estructurales-y-at_download/file.

RICHARD, EFRAÍN H., "Un nuevo contrato de colaboración empresaria: el consorcio de cooperación" en <http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/artelconsorciodecooperacion>.

RIPERT, G. - BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1988.

RISOLÍA, M. A., *Soberanía y crisis del contrato*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1946.

RISOLÍA, MARCO A., "Orden público y derecho privado positivo", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Martínez Paz*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, 1957.

RIVAS, LUIS R., ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS J., "Características actuales el contrato de concesión automotriz", La Ley, 1991-E, 997.

RIVERA, JULIO C. - MEDINA, GRACIELA (dir.), *Código Civil Comercial de la Nación comentado*, t. IV, Thompson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2014.

RIVERA, JULIO C., "Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución", RDDPYC, N° 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003

RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

ROBLEDO, TERESITA S. - IRIBAS, CLAUDIA M., "Contratos de distribución", La Ley, 2000-F, 1348.

ROCCO, EMMA ADELAIDA, "Boleto de compraventa. Adquisición del dominio. Indivisibilidad impropia e incumplimiento de la obligación de escriturar", La Ley, 1983-A.

RODRÍGUEZ, JUAN P., *Contrato de fianza civil y comercial*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003.

ROIG, JAIME, "El consorcio de cooperación, el porqué de su implementación y la responsabilidad de sus integrantes" en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, vol. 2011-A, pp. 575 - 577.

SALERNO, MARCELO U., *Contratos Cíviles y Comerciales*, Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2007.

SALERNO, MARCELO URBANO, "La naturaleza contractual del boleto de compraventa y su resolución", La Ley, 2005-F, 624; DJ, 10/05/06.

SALGADO, ALÍ JOAQUÍN, *Locación, comodato y desalojo*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de Derecho Civil Argentino - Fuentes de las Obligaciones*, 2ª ed., actualizada por ARTURO ACUÑA ANZORENA, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1957.

SANTOS BRIZ, JAIME, *Derecho Civil*, Tomo IV - Derecho de las Obligaciones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

SAVIGNY, M. F. C. DE, *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducido por M. Ch. Guenoux, F. Góngora y Cía., Madrid 1879.

SEGÚI, ADELA, "Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones. Especial Referencia al Proyecto del Código Civil de 1998 y a las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, setiembre de 1999)" en *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor*, dirigido por ALTERINI - DE LOS MOZOS - SOTO, T. 2, Palestra - Temis, 2001.

SIMON, JULIO A., "Anotaciones sobre el Contrato de Suministro Comercial", La Ley, T. 149.

SIRKIN, HECTOR E., "Inexistencia de la relación laboral entre remiseros y agencia de remises", DJ, 1996-2-151.

SPOTA, ALBERTO - LEIVA FERNANDEZ, LUIS, *Contratos. Instituciones del Derecho Civil. Segunda Edición Actualizada y ampliada*, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, 2009.

SPOTA, ALBERTO G., "Determinación del precio de adquisición de la medianería", JA, 1954-II.

STIGLITZ, RUBÉN, *Contratos Civiles y Comerciales*, Parte general, T 1, Buenos Aires, Argentina. AbeledoPerrot, 1998.

STIGLITZ, RUBÉN S., "Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo", JA, 2005-II-1403.

STIGLITZ, RUBÉN S., "Contratos por adhesión a condiciones generales", La Ley, 1982-B.

TRANCHINI, MARCELA, "Clasificación de los contratos", en *Contratos. Teoría general*, dirigido por STIGLITZ, RUBÉN S., Depalma, Buenos Aires, 1994.

TURRIN, DANIEL M., "Contrato de suministro comercial", RDCO, Depalma, Buenos Aires, octubre de 1989, año 22, Nº 131.

VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., "Cambio de circunstancias y distribución del riesgo contractual", en TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Contrato y emergencia económica*, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2002, p. 41.

VERCHIK, ANA, *Mercado de capitales: las operaciones de bolsa, futuros opciones productos, divisas y tasas de interés*, Ed. Mecchi, 1993.

VERGARA, LEANDRO, "La responsabilidad del concedente por los incumplimientos del concesionario en base a su ubicación en el sistema de distribución comercial. Aplicaciones jurisprudenciales", RDPyC 2009-3, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2009.

VERÓN, ALBERTO V., *Sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 847-965.

VIDELA ESCALADA, F. N., *La causa final en el Derecho Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

VIDELA ESCALADA, FEDERICO N., *La interpretación de los contratos civiles*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

VILLEGAS, CARLOS G., en *Código Civil Comercial de la Nación comentado*, directores RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2014.

VILLEGAS, CARLOS G., *Contratos mercantiles y bancarios*, t. 1, C. G. Villegas, Buenos Aires, 2005.

VILLEGAS, CARLOS, *Viajante de comercio y trabajadores asimilados*, 3ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

VÍTOLO, DANIEL R., "Los contratos asociativos en el proyecto de Código Civil Comercial de la Nación" en ED, 248-1072/1085.

VÍTOLO, DANIEL R., *Contratos Comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

WAGNER, CLAUDIA, "Contratos civiles y administrativos. Contratos administrativos de derecho público utilizados en el derecho privado patrimonial: contrato de concesión y suministro", Revista de derecho Público. Contratos administrativos II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

WAYAR, ERNESTO C., *Compraventa y permuta*, Astrea, Buenos Aires, 1984.

WAYAR, ERNESTO C., *Contratos*, Zavallía, Buenos Aires, 1993.

WAYAR, ERNESTO C., *Evicción y vicios redhibitorios*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

YMAZ VIDELA, MARTÍN R., "Los 'consorcios de cooperación' ¿son personas jurídicas?" en La Ley, 2005-C, 963.

YMAZ VIDELA, MARTÍN R., "Los consorcios de cooperación", en *La Ley*, 2009-B, 792.

ZACHARIAE, *Derecho Civil Francés*, t. III. (Nota tomada de PIZARRO, NÉSTOR A., "Noción y evolución del contrato", de la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año XXXV, Nº I).

ZALDÍVAR, ENRIQUE, "'Jointventures' en la práctica y en el derecho argentinos" en *La Ley*, 1980-B, 1032.

ZALDÍVAR, ENRIQUE, "Las uniones transitorias de empresas", en *La Ley*, 1984-B.

ZANNONI, EDUARDO, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS J., *Código de Comercio Comentado y Leyes Complementarias, Comentado y Concordado*, T. III, Depalma, 1977.

ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS J., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972, Tomo 2.

ZUCCHERINO, DANIEL R. - MITELMANN, CARLOS O., en ETCHEVERRY, RAÚL A., *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, t. III, 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2000.